J. pract.
32 Sf

Bunsen

NB

Die Lehre

von der

Zwangsvollstreckung

auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze

systematisch dargestellt

von

Fr. Bunsen,
Amtsrichter.

Wismar,
Hinstorff'sche Hofbuchhandlung, Verlags-Conto.
1885.

Die Lehre

von der

Zwangsvollstreckung

auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze

systematisch dargestellt

von

Fr. Bunsen,
Amtsrichter.

Wismar,
Hinstorff'sche Hofbuchhandlung, Verlags-Conto.
1885.

Vorwort.

In den Jahren 1882 und 1883 veröffentlichte ich in der „Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft“ einige Beiträge „zur Lehre von der Zwangsvollstreckung unter besonderer Berücksichtigung des gemeinen und Mecklenburg-Schwerin'schen Privatrechts“. Diese Abhandlungen sind von mir nicht weiter geführt. Das Thema selbst ist auch für weitere Kreise als den der Leser dieser Zeitschrift von Interesse. Ich entschloß mich deshalb zu einer vollständig neuen systematischen Bearbeitung der Lehre von der Zwangsvollstreckung auf Grund der Reichsjustizgesetzgebung, bei welcher Arbeit das partikulare Recht Mecklenburgs (abgesehen von einem Falle) besondere Berücksichtigung nicht gefunden hat. Wo Civilrecht und Prozeßrecht Berührungspunkte fanden, ist das gemeine Recht vorzugsweise berücksichtigt.

Wie ich einerseits bemüht war, Inhalt und Geist der Gesetze selbständig zu erforschen und klar zu legen, den so gefundenen Sinn da, wo es nötig war, selbst gegen die Motive zu verteidigen, so wird doch jeder Kundige auch wahrnehmen, daß die Vorarbeiten der Gesetze, ihre Motive, sowie die bisherige Litteratur und Rechtsprechung berücksichtigt sind. Gewährsleute — soweit es überhaupt möglich war — in allen Fällen zu citieren, schien mir überflüssig, zumal die Litteratur vollständig bei Birkmeyer in dessen „Zusammenstellung“ (Berlin bei Vahlen 1884) zu finden ist.

Ob ich in der systematischen Anordnung und Behandlung des Stoffes den richtigen Weg eingeschlagen habe, muß ich der öffentlichen Beurteilung überlassen. Frei von allen Vorbildern mußte sich die Anordnung auch frei nach den Ergebnissen meiner eigenen Forschungen gestalten. Daß bei solcher Arbeit die Kritik nicht immer schweigen durfte, vielmehr an einzelnen Stellen die Mängel des Gesetzes aufzudecken waren, wird man mir nicht verargen. Ist doch die Vollstreckung der Urteile „das vornehmste Stück und Nerve der Justiz, ohne welche kein Gericht bestehen, keine Regierung geführt werden kann —“ (vgl. Mecklenburgische Hofger.-Ordn. v. 1568 tit. von execution) — wer wollte da mit seinem Urteile zurückhalten nur auf die Gefahr hin, nicht überall Beifall zu finden? Die viel geschmähte Institution des Gerichtsvollzieheramtes vermochte ich nicht zu verurteilen, die oft gehörten Klagen scheinen mehr auf Mangel an Einsicht in das Verhältnis als auf das Mangelhafte in der Institution zurückgeführt werden zu müssen. Auch das vollkommenste Gesetz schützt nicht vor Fehlgriffen. Das gilt vor allem von den Prozeßgesetzen. Sind sie doch in der Hand des Richters das Werkzeug, dessen richtige Anwendung allein ihn die Wahrheit — das Ziel aller Rechtspflege — finden läßt. Nur scharfes kantiges Werkzeug giebt sichern Halt; von ungeschickter Hand an unrechter Stelle eingesetzt wirkt es freilich verderblicher als stumpfes. Welcher Arbeiter im Dienste der Justiz sollte aber nicht den Besitz jenes erstreben und dieses verachten? Um so größer aber auch die Pflicht, den wahren Wert solchen Besitzes zu erforschen!

Rostock, den 28. Februar 1885.

Bunsen.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

Das Zwangsvollstreckungsrecht.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Die Voraussetzungen des Zwangsvollstreckungsrechts auf Seiten des Gläubigers.

Zweites Kapitel.

Das Gebiet der Zwangsvollstreckung auf Seiten des Schuldners.

Drittes Kapitel.

Die Einreden des Schuldners im Zwangsvollstreckungsverfahren.

Viertes Kapitel.

Der Widerspruch Dritter gegen die Zwangsvollstreckung.

Zweiter Abschnitt.

Das Zwangsvollstreckungsverfahren.

Erstes Kapitel.

Die leitenden Grundsätze des Verfahrens in der Zwangsvollstreckungsinstanz.

Erster Abschnitt.

Das Zwangsvollstreckungsrecht.

Einleitung.

§ 1.

Das Zwangsvollstreckungsrecht. Begriffsbestimmung. Geschichtliches.

Unter Zwangsvollstreckungsrecht im subjektiven Sinne verstehen wir das Recht einer Person, ein ihr zustehendes verletztes Recht vermittelst obrigkeitlichen Zwanges in der Weise zu verfolgen, daß die Verletzung aufgehoben, das Recht wiederhergestellt, die Person befriedigt wird.

Zwangsvollstreckung ist nur da möglich, wo ein (subjektives) Recht verletzt ist. Es ist also zweierlei vorausgesetzt:

einmal, es muß ein Recht vorhanden sein,

sodann, dieses Recht muß verletzt sein.

In beiden Beziehungen unterscheidet sich das Zwangsvollstreckungsrecht von dem Klagrecht. Eine Klage kann man anstrengen, ohne ein Recht zu haben, schon das blos behauptete Klagrecht führt zum Prozesse, nötigt den Beklagten zur Übernahme des Prozesses, nicht so die Zwangsvollstreckung. Zur Zwangsvollstreckung gelangt man nur, wenn das Recht der Person feststeht und zwar festgestellt ist durch einen vom Rechte anerkannten Titel. Nur das titulierte, nicht das blos behauptete Recht führt zur Zwangsvollstreckung.

Sodann ist eine Rechtsverletzung erforderlich. Verletzt ist ein Recht dann, wenn thatsächlich ein anderer Zustand besteht, als er von Rechtswegen bestehen soll. Verletzt ist ein Recht dann nicht, wenn es demselben nur an der Anerkennung seitens dritter Personen fehlt, es sei denn, daß diese Anerkennung gerade Inhalt einer rechtlichen Verpflichtung wäre. Auch wenn das nicht der Fall ist, kann man freilich zum Schutze rechtlicher Interessen auf Anerkennung klagen (C.-P.-O. § 231), nie aber zur Zwangsvollstreckung kommen.

So löst sich die Zwangsvollstreckung von dem Klagrecht ab, sie ist nicht wesentliche und notwendige Folge des Klagrechts, das kann sie sein, sie hat aber einerseits ein weit engeres Gebiet, indem es eine Reihe von Klagrechten giebt, welche nicht zur Zwangsvollstreckung führen, andrerseits Zwangsvollstreckungstitel giebt, welche kein Ergebnis des ordentlichen Prozesses sind.

Das natürlichste Mittel, ein verletztes Recht — dessen Bestand unzweifelhaft ist — wieder herzustellen, würde sein, daß man den Verletzten dem Berechtigten überliefert, so daß dieser nun selbst für die Wiederherstellung seines Rechtes sorgt, und daß man dem Verpflichteten untersagt, den Berechtigten, falls dieser für Wiederherstellung seines Rechtes sorgt, daran zu hindern; darnach würde dem Eigentümer, dessen Recht an der Sache durch einen gerichtlich oder sonst festgestellten Titel anerkannt ist, freistehen müssen, vom Besitzer die Sache zu holen und würde der Besitzer, welcher den Eigentümer hieran hindern wollte, durch obrigkeitlichen Befehl hiervon abgehalten werden müssen. In derselben Weise würde man dem Gläubiger das Recht der Selbstpfändung beilegen können. So natürlich dieses Recht des Gläubigers zu sein scheint, so wenig verträgt es sich doch mit unseren heutigen staatlichen Anschauungen. Die Idee der staatlichen Fürsorgepflicht hat den Bürger daran gewöhnt, sich sein Recht nicht selbst zu holen oder zu nehmen, sondern auch das bereits gerichtlich anerkannte Recht sich vom Staate gewissermaßen bringen zu lassen. Es hängt dies zusammen mit demjenigen Standpunkte, welchen das objektive Recht zu der Frage des staatlichen Rechtsschutzes einnimmt. Da wo der Schutz

der Privatrechtsgüter mehr als Sache der Einzelnen, der Familie oder auch der Gemeinde angesehen wird, wird man sehen, daß die Staatsgewalt zurückhaltend ist, und umgekehrt. In der geschichtlichen Entwicklung des Zwangsvollstreckungsrechts machen sich beide Prinzipien geltend, welche man passend als Prinzip der Eigenmacht und Prinzip der Amtsgewalt bezeichnen kann, je nachdem es der Staat der Fürsorge des Einzelnen überläßt, sich selbst zu seinem titulierten Rechte zu verhelfen, dann aber den Widerstand gegen die Eigenmacht hindert, oder den Berechtigten ausschließlich auf den Weg der staatlichen Rechtshülfe verweist. Die Wege aber, welche die Eigenmacht resp. die Amtsmacht dabei einschlägt, um zum Ziele zu gelangen, sind verschieden. Häufig gilt strenges Recht und zwar dann, wenn der Verpflichtete mit seiner Person einer Strafgewalt unterworfen wird, deren Anwendung ihn zunächst nur veranlassen soll, dem Berechtigten dasjenige zu gewähren, was diesem gebührt, welche aber häufig und zwar dann, wenn der Verpflichtete ohne seine Schuld zur Leistung außer Stande ist, als harte Strafe erscheint. Es kommt aber auch vor, daß das Recht diesen strengen Standpunkt verläßt, indem es dem Verpflichteten ohne Anwendung eigentlicher Zwangsmittel dasjenige nimmt, was er zu leisten hat. Ist auf diese Weise dem Schuldner nicht beizukommen, dann vermeidet wohl das Recht jeglichen Zwang, und man kann dann sagen, was das Civilrecht an Rechten giebt, nimmt das Prozeßrecht wieder, da es den Gläubiger schutzlos läßt.

Während man nun in dem zuerst aufgeführten Systeme von dem Prinzipe des strengen formellen Schuldrechtes sprechen kann, darf man die letztere Methode auf das Prinzip des materiellen Befriedigungsrechtes des Gläubigers zurückführen, weil es sich im ersteren Falle zunächst um die Bestrafung des Ungehorsams des Schuldners — gleichgültig ob solcher auf Unvermögen oder Schuld desselben zurückzuführen ist — handelt, im letzteren Falle jedoch der Hauptgesichtspunkt auf die Befriedigung des Gläubigers gerichtet ist.

Geschichtlich finden wir in den verschiedenen Zwangsvoll-

streckungssystemen alle jene Prinzipien in mehr oder minder ausgeprägter Weise vertreten.

Das strengste Schuldrecht kannte das älteste römische Recht in der Gesetzgebung der XII. tab. Das Exekutionsrecht ist enthalten in tab. III (Text bei Bruns, fontes i. r. a. pag. 19). Die Knechtschaft — das Verfallensein der Person des Schuldners an den Gläubiger mit Leib und Leben kann nicht drastischer ausgeprägt werden als in diesem Gesetze geschehen — ist das Loos des Schuldners. Wie weit libido et crudelitas feneratorum gingen, schildert Livius lib. VIII cap. 28, wo denn zu erfahren ist, daß im Jahre 428 u. c. die L. Petillia Papiria erging; „ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur, pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur. Deutlich ist hier der Übergang von dem strengen Schuldrechte zu dem materiellen Befriedigungsrechte ausgesprochen, non corpus sed bona creditoris obnoxium esse. Vollständig abgeschafft war damit die Personalexekution nicht, nur das „in compedibus aut in nervo teneri“ war erheblich beschränkt, die Schuldknechtschaft gelöst, wenn und soweit der Schuldner Kaution leistete. Das bis zur Lex Petillia Papiria geltende strenge Schuldrecht war deßhalb besonders harter Natur, weil es mit dem oben beschriebenen Prinzipe der Eigenmacht verbunden war. Die Form der Eigenmacht war die manus injectio. Daß der aufgegriffene Schuldner zunächst dem Praetor vorgeführt und dann in die Knechtschaft abgeführt wurde, macht den Akt nicht zu einem gerichtlichen; denn wenn der Schuldner vor dem Praetor nicht zahlte, oder, falls er stritt, keinen geeigneten vindex fand, so fand nicht etwa erst eine causae cognitio und addictio statt, sondern der Gläubiger fesselte den Schuldner vor dem Praetor eigenmächtig. Auch dieses ist seit der Lex Petillia Papiria anders geworden, das eigenmächtige Abführen des Schuldners durch den Gläubiger hörte auf, der Praetor kognoszierte zunächst über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, und nur, wenn der Schuldner nicht zahlen konnte, fand addictio, welche die Schuldhaft zur

Folge hatte, statt, at omnes, qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti. (Varro de ling. lat. VII 105 bei Bruns fontes pag. 308.) — Es darf angenommen werden, daß das, was von allen damaligen Schuldknechten uns berichtet wird, daß, wenn sie mit einem Eide ihre Solvenz beteuert hatten, ihrer Fesseln befreit worden sind, auch für die Zukunft Rechtens geblieben, so daß die juratorische Kaution die Schuldknechtschaft löste. Dies blieb der rechtliche Zustand bis zur Lex Julia de aere alieno (anno 705?), worüber Caesar de bello civili III, 1 sagt: his rebus confectis, quum fides tota Italia esset angustior neque creditae pecuniae solverentur, constituit, ut arbitri darentur; per eos fierient aestimationes possessionum et rerum, quanti quaeque earum ante bellum fuisset, atque hae creditoribus traderentur. Erst seit dieser Zeit war es dem Schuldner — wenigstens in den regelmäßigen Fällen — möglich, durch Abtretung der Güter die Schuldhaft zu vermeiden.

Doch war das formelle strenge Schuldrecht nicht das einzige Exekutionsrecht der Römer, es gab auch eine Vermögensexekution, welche neben jenem Schuldrechte ein materielles Befriedigungsmittel gewährte (vgl. Keller, d. röm. Civ.-Proz. § 83 pag. 409), zunächst freilich immer gegen das gesamte Vermögen des Schuldners gerichtet, erst später nach dem Verschwinden des Formularprozesses kam die gerichtliche Pfändung sowie darneben auch der unmittelbare Eingriff in die Machtsphäre des Besitzers (cfr. L. 68 D. rei vind.) in Übung. Das Verfahren war ein ausschließlich amtliches. So gewährt uns das römische Recht ein doppeltes Bild der Zwangsvollstreckung. Das strenge Schuldrecht, welches in der addictio der Person zur ökonomischen*) Unterwerfung des Schuldners (Keller a. a. O. nr. 1028) führte, darneben die Exekution in das Vermögen (direkt oder indirekt), welche nur die Befriedigung des Gläubigers im Auge hatte. In beiden Richtungen war aber das Prinzip der Eigenmacht verdrängt durch das Prinzip der Amtsmacht.

---

*) A. M. Wetzel Civ.-Proz. § 50 Text nach not. 57.

Ähnlich das deutsche Recht: Das älteste Recht hatte kein direktes Zwangsmittel, um die Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldner zu erzwingen, falls dieser nicht versprochen hatte, das ihm im Urteile Auferlegte zu leisten, fidem fecerit,

vgl. Siegel, Gesch. des deutsch. G.-Verf. I. § 36.

v. Meibom, das deutsche Pfandrecht pag. 40.

Lag der Fall der fides facta nicht vor, so war der Gläubiger berechtigt, den Schuldner, dessen Blutsfreunde nicht für ihn eintreten wollten oder konnten (vgl. das Verfahren bei Siegel a. a. O. § 35) als seinen Knecht zu betrachten, ja ihn zu töten. Lag dagegen der Fall der fides facta vor,*) so fand Vermögensexekution statt, also ein Verfahren, welches die materielle Befriedigung des Gläubigers bezweckte. Dieses Verfahren hat denn, wie Planck, deutsche Ger.-Verf. im M. A. II pag. 244, bezeugt, an praktischer Bedeutung immer mehr zugenommen, wenn auch der Gesichtspunkt der Strafe nicht vollständig verschwunden ist, so daß im sächsischen Rechte beide Gesichtspunkte zur Geltung gekommen sind. Die verschiedenen dort vorkommenden Zwangsmittel — die Pfändung, die Frohnung und die Schuldknechtschaft — kommen in der Weise zur Anwendung, daß der Schuldner zunächst mit seiner Person dem Gläubiger haftet, daß nur ausnahmsweise der Schuldner, welcher Grundbesitz hat, von dieser persönlichen Haft sich befreien kann. „Die Personalexekution ist die eigentliche Form der Exekution, die Vermögensexekution nur milderndes Surrogat." (Planck a. a. O. pag. 245). — Überall, wo es sich nicht um Geld- oder ähnliche Leistungen handelt, sondern um Herausgabe von Sachen, fand auch direkter Zwang gegen den Besitzer statt.

Die gemeinrechtliche Theorie hat — auf solchen Grundlagen weiter bauend (cfr. Wetzell a. a. O. not. 65 flgg.) — — das strenge Schuldrecht gemildert, die Schuldknechtschaft zur

---

*) Sohm der Prozeß der Lex Salica § 8 beschränkt die Zulässigkeit der Vermögensexekution nicht auf diesen Fall, sondern weist noch andere Fälle nach, er zieht die Grenze in anderer Richtung.

Schuldhaft, welche im öffentlichen Gefängnisse zu verbüßen ist, gemacht, und durch weitere Ausbildung der Vermögensexekution den Weg gebahnt, in dem Zwangsvollstreckungsverfahren hauptsächlich das Gewicht auf die materielle Befriedigung des Gläubigers zu legen. Die Schuldhaft hat sich daneben freilich in mehr oder weniger beschränkter Weise noch erhalten, bis sie im Gesetze vom 29. März 1868 beseitigt ist, ob mit Recht oder Unrecht soll späterer Erörterung vorbehalten bleiben.

Das heutige Recht hat das strenge Schuldrecht damit verlassen, es legt nur Wert auf die Befriedigung des Gläubigers, und wo es die Befriedigung des Gläubigers erreichen kann, ohne den Schuldner in seiner Trägheit zu genieren, wählt es auch diesen Weg; es verzichtet auf Zwang, wo er nicht nötig ist, nur wo ohne Zwangsmittel deßhalb nichts geschehen kann, weil es eben lediglich an dem Schuldner liegt, ob etwas geschehen soll oder nicht, wendet es höchst bescheidene Zwangsmittel an. Deßhalb gehört das Zwangsvollstreckungsrecht nicht mehr in die Lehre vom prozessualischen Ungehorsam resp. in die Lehre vom richterlichen Zwange, und man wird nicht fehl gehen, wenn man nicht mehr vom richterlichen Zwangsrecht gegen den Schuldner, sondern von dem Rechte des Gläubigers wider den Willen des Schuldners Befriedigung zu suchen, spricht. Die Prozeßordnung hat diesen Standpunkt durchweg festgehalten. Es kann darnach gegen den ungehorsamen Schuldner in vierfacher Richtung eingeschritten werden:

1) der Schuldner wird ob seines Ungehorsams bestraft,
2) dem Schuldner wird derartig Zwang angethan, daß er selbst das vornehmen muß, was er nicht thun will,
3) dem Schuldner wird aus seinem Vermögen gerade derjenige Gegenstand genommen, welcher dem Gläubiger zuerkannt ist,
4) es werden an dem Vermögen des Schuldners durch Zwangsakt Rechte begründet, deren Verfolg zur Befriedigung des Gläubigers führt.

Ein Befriedigungsverfahren findet nur in den letzten drei Fällen statt, während im ersteren Falle lediglich ein Strafverfahren eingeschlagen wird. Unter den letzteren Fällen ist der

vierte der am sichersten zum Ziele führende. In ihm gipfelt das ganze Zwangsvollstreckungsrecht. Wie nun das heutige Zwangsvollstreckungsrecht allen Wert auf schnelle und gründliche Befriedigung des Berechtigten legt, so hat es konsequenterweise alle dem Schuldner zur Seite stehenden Wohlthaten beseitigt. Befriedigungsgebote, Verwarnungen, Fristen sind beseitigt. Wer einen Zwangsvollstreckungstitel hat, kann sofort und ohne weiteres seine Befriedigung suchen, ihn nennt die Prozeßordnung den Gläubiger, den Verpflichteten den Schuldner. Nicht zwei gleichberechtigte Parteien stehen einander gegenüber, sondern es ist der betreibende Gläubiger und der getriebene Schuldner. Dagegen ist die Eigenmacht verboten, nur durch die Hülfe von Beamten oder Gerichten kann der Gläubiger seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung finden. Die Behörden und Beamten handeln aber im Auftrage des Gläubigers, sie sind keine unparteiischen Vermittler zwischen beiden. Ist auch die Eigenmacht nicht gestattet, so ist doch das Selbstbetreibungsrecht des Gläubigers sehr stark urgiert. In diesem Sinne kann man die Zwangsvollstreckung des heutigen Rechts die sich bethätigende Eigenmacht des berechtigten Subjektes nennen.*) Daß die Durchführung derselben nicht zum officium judicis (jus dicentis) gehört, ergiebt sich schon daraus, daß die eigentlichen Zwangsvollstreckungsakte nicht zu den Funktionen des Prozeßgerichts gehören, vielmehr hierfür eigene Organe geschaffen sind.

*) vgl. Degenkolb, Einlassungszwang &c. pag. 103.

Erstes Kapitel.

Die Voraussetzungen des Zwangsvollstreckungsrechts auf Seiten des Gläubigers.

§ 2.

Der Vollstreckungstitel im allgemeinen.

Jedes Zwangsvollstreckungsverfahren setzt einen Zwangsvollstreckungstitel voraus. Der Titel ist eine schriftliche Urkunde, welche in formeller Weise darüber Auskunft giebt, welches Recht dem Gläubiger zusteht und wie der Schuldner dieses Recht verletzt hat, was also geschehen muß, um dieses verletzte Recht wiederherzustellen, um den Gläubiger zu befriedigen.

So verschiedenartig also die Rechte sind, so verschiedenartig sind inhaltlich die Zwangsvollstreckungstitel. Alle Thatsachen, welche geeignet sind, Rechte zu erzeugen, sind auch an sich geeignet, Zwangsvollstreckungstitel herzustellen. Man nennt aber solche Thatsachen juristische Thatsachen (Windscheid, Lehrbuch I. § 68). Wie man diese Thatsachen im allgemeinen in

1) Rechtsgeschäfte,
2) richterliche Willenserklärungen und
3) alle anderen Thatsachen, in welchen letzteren Fällen man von gesetzlicher Entstehung der Rechte spricht,

klassificiert, so kann man auch die Entstehungsgründe der Zwangsvollstreckungstitel zurückführen

1) auf die richterlichen Willenserklärungen, welche wir hier als die wichtigsten voranstellen, sowie
2) auf die Willenserklärung des Schuldners, welche hier von den Rechtsgeschäften allein in Betracht zu ziehen ist, sowie
3) auf unmittelbare gesetzliche Bestimmung.

Bevor wir zu den einzelnen Titeln schreiten, ist noch ein Wort über die Form zu sagen.

Alle Zwangsvollstreckungstitel entstehen durch formellen

Rechtsakt, und zwar ist die Form hier in dem Sinne wesentlich, daß ohne solche Form ein Titel nicht vorhanden ist. Die Form ist aber die der schriftlichen Urkunde. Die Urkunde muß immer eine öffentliche Urkunde sein, d. h. sie muß von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person oder von einer Behörde, in der Regel einem Gerichte aufgenommen sein oder der Inhalt muß zu den von Behörden und Gerichten geführten Akten und Tabellen niedergeschrieben sein. Bloße Privaturkunden begründen niemals einen Zwangsvollstreckungstitel. Aber nicht jede öffentliche Urkunde, welche inhaltlich feststellt, daß der Gläubiger ein Recht hat und daß dieses Recht durch den Schuldner verletzt ist, berechtigt zur Zwangsvollstreckung. Abgesehen davon, daß die Urkunde in der Regel noch durch die sog. Vollstreckungsklausel, worüber weiter unten gesprochen werden wird, legalisiert sein muß, giebt es doch nur eine ganz bestimmte Reihe von Vollstreckungstiteln, welche in den §§ 644 und 702 der C.-P.-O. genannt sind. Daneben bestimmt

C.-P.-O. § 706: Die Landesgesetzgebung ist nicht gehindert, auf Grund anderer als den in den §§ 644 und 702 bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollstreckung zuzulassen und insoweit abweichende Vorschriften von den Bestimmungen dieses Gesetzes über die Zwangsvollstreckung zu treffen.

Die vorstehende Bestimmung findet auch auf Hypothekenurkunden (Hypothekenschuldbriefe, Hypothekenscheine) Anwendung.

Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Landesgesetzgebung gerichtliche Vollstreckungstitel nur innerhalb des Bereiches der Geltung des Landesrechts schaffen kann. Die Landesgesetzgebung hat denn hiervon auch verschiedentlich Gebrauch gemacht, vgl. für Preußen: Struckmann-Koch 3. Aufl. pag. 649 f., für Württemberg: Gaupp III. pag. 246 f. — Bayern: Ausf.-Ges. v. 23. Febr. 1879 art. 4—8. 127, 139. — Mecklenburg: V.-O. betr. d. Z.-V. in d. unbewegl. Verm. wegen Geldforderungen v. 24. Mai 1879 §§ 48, 71. — V.-O. v. 23/6. 1879 betr. Angel. d. nichtstreitigen Gbkl. §§ 11, 12 — V.-O. z. Ausf. d. Ger.-K.-Ges. v. 3/6. 1879 § 38. — Neue Statuten

des rittersch. Kred.-Vereins v. 13/4. 1882 §§ 67, 68. — V.-O. v. 20/5. 1879 betr. die Hülfsanträge u. d. Administr.-Exekution § 5. — V.-O. z. Ausf. d. Str.-Pr.-O. § 84. — V.-O. v. 5/7. 1681 betr. d. Z.-V.-O. f. d. Landkasten § 3 u. v. dems. Datum betr. d. Z. V.-Ordn. für die Allgem. L.-Rezept. Direktion § 4. — V.-O. zur Ausf. d. Str.-P.-O. §§ 72, 80.

Die Motive zum Ent. d. C.-P.-O. bemerken hierzu:

„Nach verschiedenen Landesgesetzgebungen findet die gerichtliche Zwangsvollstreckung auch auf Grund anderer Schuldtitel als der in dem Entwurf abgehandelten statt. In diese Einrichtungen, welche das gerichtliche Verfahren nicht berühren, soll nicht eingegriffen, ebensowenig die Herstellung neuer derartiger Einrichtungen gehindert werden. Dies bezieht sich insbesondere auch auf die Zwangsvollstreckung aus Hypotheken-Urkunden, bei welchen über die wünschenswerte Vollstreckbarkeit wegen der Mannigfaltigkeit des bestehenden Rechtszustandes allgemeine Regeln nicht aufgestellt werden können."

Reichsgesetzlich sind außer den in den § 644 und 702 d. C.-P.-O. aufgeführten Schuldtiteln noch folgende vollstreckbare Schuldtitel anerkannt: 1) in der Str.-P.-O. § 495 — 2) in der Rechtsanwalts-Ordn. § 97 — 3) in der Konk.-Ordn. §§ 152, 179 und 192.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß der vollstreckbare Schuldtitel nicht allein das Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers sondern noch weitere Wirkungen äußert. Er erzeugt

1) einen nicht durch einfachen Widerspruch des Konkursverwalters zu beseitigenden Konkursanspruch. (K.-O. § 134 Abs. 6),
2) einen Anfechtungsanspruch nach § 2 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners.

Der vollstreckbare Schuldtitel hat aber seine ihm eigentümlichen Gegenwirkungen. Diese bestehen in der Zulassung von Einwendungen gegen denselben, welche in dem Klagerecht nach § 686 der C.-P.-O. geltend zu machen sind, vgl. darüber das III. Kapitel dieses Abschnittes. Diese Einreden kann auch der

Konkursverwalter nach Maßgabe des § 134 Abs. 6 d. Konk.-Ordn. im Wege der Klage verfolgen. Inwieweit diese Einreden vom Beklagten der Klage aus § 2 des cit. Ges. v. 21/7. 1879 entgegensetzt werden können, ist hier nicht zu erörtern.

Das Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers hat endlich seine Grenze an dem Vermögen des Schuldners. Wird im Zwangsvollstreckungsverfahren in das Rechtsgebiet dritter Personen eingegriffen, so haben diese ein Widerspruchsrecht, hierüber wird im IV. Kapitel dieses Abschnittes gesprochen werden.

§ 3.

Die einzelnen Vollstreckungstitel.

Wir beginnen die Erörterungen mit den wichtigsten Titeln und stellen deshalb voran:

1. die gerichtlichen Entscheidungen.

Unter den gerichtlichen Entscheidungen beschäftigt uns zunächst

a. das Urteil.

Wenn ein richterliches Urteil vollstreckbar sein soll, muß es einen vollstreckbaren Inhalt haben. Von diesem Standpunkte aus betrachtet unterliegt der Zwangsvollstreckung nur das kondemnatorische Urteil, nicht das Feststellungsurteil, ebensowenig die im Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren erlassenen Urteile. Diese Urteile wirken durch ihren Inhalt ohne weiteres auf die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse, haben es mit verletzten Rechten, welche erforderlichenfalls der zwangsweisen Wiederherstellung resp. des Ausgleiches bedürfen, nichts zu thun. —

Das kondemnatorische Urteil muß — um vollstreckbar zu sein — ein Endurteil sein, d. h. dasselbe muß unbedingt und ohne Vorbehalt die Verpflichtung des Verurteilten zu der geforderten Leistung, Handlung ꝛc. aussprechen. Dem civilrechtlichen Endurteile ist aber gleichgestellt die vom Strafrichter erlassene Entscheidung über den Verfall einer für den Angeschuldigten geleisteten Sicherheit und zwar gegenüber denjenigen, welche diese Sicherheit geleistet haben. (Str.-Pr.-O. § 122 Abs. 3.)

Es scheiden dagegen aus die bedingten Endurteile und die Zwischenurteile; wohl aber gehören hierher die Teilurteile. (C.-Pr.-O. §§ 273, 274.) — Was die Zwischenurteile anbetrifft, so ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die C.-Pr.-O. zwei verschiedene Arten von Zwischenurteilen kennt. Dieselben dienen entweder zur Erledigung eines Zwischenstreites zwischen den Parteien oder zwischen den Parteien und dritten Personen — oder das Zwischenurteil erledigt selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien. Diese Fälle gehören insofern hierher, als die C.-Pr.-O. einem solchen Urteil in einigen Fällen vim definitivae verliehen hat. Es sind das die Fälle der §§ 248, 276, 502 und 562 der C.-Pr.-O. Die beiden ersten Fälle interessieren freilich hier deshalb nicht, weil diese Urteile einen vollstreckbaren Inhalt nicht haben. Anders die Fälle der §§ 502 und 562. Im ersteren Falle ergeht ein Urteil unter Abschneidung der vom Beklagten in der Berufungsinstanz verspätet vorgebrachten und auf Antrag vom Gerichte zurückgewiesenen Verteidigungsmittel, im zweiten Falle ergeht das Urteil ohne vollständiges Gehör des Beklagten. Das Urteil umfaßt also nicht die ganze Sache, sondern qualitativ nur einen Teil, ist mithin kein Endurteil, sondern ein Zwischenurteil. Diese Zwischenurteile sind vollstreckbar,*) oder, wie die R.-C.-Pr.-O. sich in unglücklich gewählter Fassung ausdrückt, in betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteile anzusehen.

Als weiteres Erfordernis für die Vollstreckbarkeit des Urteils ist erforderlich, daß dasselbe von einem ordentlichen deutschen Gerichte gesprochen ist. Die von einem ausländischen Gerichte gesprochenen Urteile und die von Schiedsrichtern erlassenen

---

*) Aus rechtspolitischen Gründen. In ersterem Falle will man den Beklagten indirekt zwingen, rechtzeitig alle seine Verteidigungsmittel vorzubringen, im anderen Falle liegt die Erfahrung vor, daß „in der eminenten Mehrheit dieser Fälle die Ergebnisse der Prima-facie-Kognition denn doch das Rechte treffen und mit dem strengen Rechte, wie es durch die vollständige Kognition im ordentlichen Prozesse zu ermitteln ist, in Übereinstimmung stehen." Vgl. Briegleb, Einl. in die summar. Proz. pag. 370.

Schiedssprüche sind nur dann vollstreckbar, wenn die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung von dem kompetenten Amts- oder Landgerichte (C.-Pr.-O. §§ 660 Abs. 2, 871) durch Vollstreckungsurteil gemäß §§ 661 und 868 der C.-Pr.-O. ausgesprochen ist.*)

Sind nun die bezeichneten Voraussetzungen gegeben, d. h. liegt ein von einem deutschen Gerichte gesprochenes Endurteil (Teilurteil) oder dem Endurteil bezüglich der Zwangsvollstreckung gleichgestelltes Zwischenurteil oder ein Vollstreckungsurteil mit vollstreckbarem Inhalte vor, so ist schließlich als letztes Erfordernis aufzuführen, daß das Urteil rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Ob das Urteil rechtskräftig ist, ergiebt sich aus der Untersuchung der Frage, ob das Urteil überall mit dem Rechtsmittel der Berufung oder der Revision anfechtbar ist (vgl. C.-Pr.-O. § 472 und §§ 507—509) oder als Versäumnisendurteil dem Einspruche unterliegt (C.-Pr.-O. § 303). Ist das nicht der Fall, so ist das Urteil mit der Verkündung rechtskräftig, ist dies aber der Fall, so tritt die Rechtskraft erst mit dem Ablaufe der zur Einlegung dieser Rechtsmittel gegebenen Notfristen ein (C.-Pr.-O. §§ 477 und 514), resp. mit dem Ablaufe der Einspruchsfrist (C.-Pr.-O. § 304). Durch rechtzeitige Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen**) Einspruchs wird der Eintritt der Rechtskraft gehemmt (C.-Pr.-O. § 645). — Aber auch die noch nicht rechtskräftigen Urteile unterliegen der sofortigen Zwangsvollstreckung, wenn dieselben für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. Welche Urteile für vorläufig vollstreckbar erklärt werden müssen resp. können,

---

*) Das Verfahren ist das auf die Klage im ordentlichen Verfahren stattfindende. Gegenstand des Rechtsstreits ist hier die nach Maßgabe der darüber bestehenden öffentlich rechtlichen Grundsätze zu entscheidende Frage, ob die Zwangsvollstreckung zulässig ist. In dieser Beziehung fehlt es den Parteien selbstverständlich an der Disposition. Die Grundsätze der Verhandlungsmaxime finden also nicht durchweg Anwendung. Cfr. Seuffert, Komm. z. C.-Pr.-O. § 661 Bem. 2 Abs. 3.

**) Der Einspruch ist nicht zulässig in Fällen der §§ 216 Abs. 2, 310 der C.-Pr.-O.

ergeben die §§ 648—650 der C.=Pr.=O. Hierbei ist zu bemerken, daß in allen Fällen die vorläufige Vollstreckbarkeit seitens des Schuldners durch Sicherstellung oder Hinterlegung abgewendet werden kann, wenn nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten, und daß in allen Fällen die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden kann (C.=Pr.=O. § 652), sowie daß, falls glaubhaft gemacht ist, daß die Vollstreckung des Urteils dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde, die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erkannt werden darf (C.=Pr.=O. § 652). Urteile in Ehesachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. (§ 644 Abs. 2.) — Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund= oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form erfolgt (§ 658).

Wenn ein Urteil für vorläufig vollstreckbar nicht erklärt ist, und es wird gegen das Urteil Berufung eingelegt, und die Berufung wird auch darauf gestützt, daß die Vollstreckbarkeitserklärung nicht erfolgt ist, so ist über diesen Punkt vorab zu verhandeln und zu entscheiden, selbst wenn die Berufungsfrist am Tage der Verhandlung noch nicht abgelaufen ist. Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nicht statt (C.=Pr.=O. 656).

Ebenso ist in der Berufungs= und Revisionsinstanz ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil der vorigen Instanz, insoweit dasselbe durch die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge nicht angefochten wird, auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet gleichfalls nicht statt (C.=Pr.=O. §§ 496 und 523).

Das Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers aus einem vollstreckbaren Urteile währt nur so lange, als das Urteil selbst resp. die Vollstreckbarkeit desselben nicht wieder aufgehoben ist. Ist das Urteil ein rechtskräftiges, so kann die Wiederaufhebung erfolgen entweder in Folge einer Wiedereinsetzung in den vorigen

Stand und des damit wieder eröffneten ordentlichen Rechtsmittels der Berufung und der Revision oder in Folge der Wiederaufnahme des Verfahrens. Wird das Urteil wieder aufgehoben, so folgt daraus ohne weiteres die Einstellung der Vollstreckung resp. die Wiederaufhebung der getroffenen Maßregeln dann, wenn das vernichtende Urteil vollstreckbar ist — C.-Pr.-O. §§ 691 nr. 1, 692. In solchem Falle kann jedoch das mit der Sache befaßte Gericht schon vorher durch eine unanfechtbare Entscheidung, welche auf Antrag des Schuldners ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann, anordnen (C.-Pr.-O. § 647):

1) daß die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde,

oder 2) daß die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde und die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung wieder aufzuheben seien (vgl. C.-P.-O. § 691 nr. 3 und 692),

oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde,

3) daß die Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde und die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. (vgl. C.-Pr.-O. § 691 nr. 2 und 692).

Ist das Urteil nicht rechtskräftig aber für vorläufig vollstreckbar erklärt, so kann dasselbe durch ein ordentliches Rechtsmittel oder durch Einspruch wieder aufgehoben werden resp. doch die Vollstreckbarkeitserklärung wieder aufgehoben werden. Wird das Urteil selbst wiederaufgehoben, so ist die gesetzliche Folge, daß auch die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne weiteres außer Kraft tritt. (C.-Pr.-O. § 655 Abs. 1.) Wenn also in der Berufungsinstanz oder in Folge eines Einspruches ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder die Vollstreckbarkeitserklärung wiederaufgehoben wird, so ist dieses Urteil — gleichgültig ob dasselbe sonst der Revision oder der Berufung unterliegt — doch insoweit sofort vollstreckbar, als die Zwangsvollstreckung aus dem wiederaufgehobenen Urteil nicht be-

gonnen resp. fortgesetzt werden kann. Sofort mit den Verkündungen des neuen Urteils tritt diese außer Kraft, es finden § 691 nr. 1 und § 692 Anwendung.

Ist dagegen bereits gezahlt oder geleistet, so ist der Kläger auf Antrag des Beklagten in dem neuen Urteile sofort zur Erstattung des auf Grund des aufgehobenen Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen. (C.-Pr.-O. § 655 Abs. 2.) Ist ein solcher Antrag nicht gestellt, so ist der Beklagte genötigt, die ungerechtfertigte Berechnung in einer neuen Klage zu kondicieren.

Wird gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil der Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt, so findet wegen einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung der soeben dargelegten Bestimmungen des § 647 d. C.-Pr.-O. entsprechende Anwendung — § 657. —

b. Die sonstigen Entscheidungen der Gerichte: Diese sind:

1) Die Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren (C.-Pr.-O. § 702 nr. 4).
2) Die mit dem Rechtsmittel der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen (§ 702 nr. 3).
3) Die über eine Vermögensstrafe oder eine Buße ergehenden Entscheidungen der Strafgerichte (Str.-Pr.-O. 495 vgl. Entsch. d. Reichsger. I nr. 86 sub 4).
4) Die eine Geldstrafe aussprechenden Entscheidungen des Ehrengerichts für Rechtsanwälte, ebenso die über die Kostentragung ergehenden Verfügungen dieses Gerichts. (Rechtsanw.-Ordn. § 97.)

Damit schließen wir den Kreis der gerichtlichen Zwangsvollstreckung, soweit solche auf Grund von Entscheidungen stattfindet. Wir rechnen nicht hierher die Arrestbefehle und einstweiligen Verfügungen, wie dies von den Kommentatoren der Reichs-C.-Pr.-O. geschieht.*) Es sind dies keine Zwangsvollstreckungs-

---

*) Vgl. Seuffert, Gaupp, Hellmann, Komm. z. C.-Pr.-O. § 702.

titel, diese Entscheidungen sollen die demnächstige Zwangsvollstreckung sichern, es ist also zwecks Durchführung derselben noch ein besonderer Titel erforderlich.

Zu den einzelnen Fällen ist nur noch zu bemerken, daß — was hauptsächlich wegen der Fälle sub 2 von Interesse ist — diese Verfügungen — falls sie der Zwangsvollstreckung unterliegen sollen — auch einen vollstreckbaren Inhalt haben müssen. Die Vollstreckbarkeit ist in den Fällen 1 und 2 von weiteren formellen Voraussetzungen nicht abhängig gemacht, insbesondere ist weder eine formelle Rechtskraft, noch Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit erforderlich. Bezüglich der Fälle sub 3 und 4 verhält sich das insoweit anders, als in dem sub 3 citierten Gesetze die Rechtskraft der Entscheidung ausdrücklich vorgeschrieben ist, und in den Fällen sub 4 und 5 bestimmt ist, daß die Vollstreckung nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte erfolgt, womit denn ausgesprochen ist, daß diese Entscheidungen, bevor sie vollstreckt werden können, rechtskräftig sein müssen (C.-Pr.-O. § 644), was übrigens für den Fall des § 495 der Str.-Pr.-O. (vgl. oben sub 4) ohne weiteres auch aus 481 der Str.-Pr.-O. folgen würde.

Bezüglich der übrigen Fälle (1, 2) bedarf es einer Erörterung der Frage, wie es sich verhält, wenn die nicht rechtskräftige Verfügung demnächst angefochten und wieder aufgehoben wird, inzwischen aber vom Schuldner bereits das im Zwangsvollstreckungsverfahren Geforderte gleistet ist.

Was zunächst die Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren (oben sub 1) anbetrifft, so stehen diese einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich (C.-Pr.-O. § 640). Es gilt also in dieser Beziehung alles dasjenige, was oben sub a. a. E. über die für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteile gesagt ist.

Ähnlich verhält es sich mit den mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen (oben sub 2). Falls gegen diese Entscheidungen das Rechtsmittel der Beschwerde eingelegt wird, wird wohl immer, sei es vom judicium a quo, sei es vom judicium ad

quod, eine Einstellung des Verfahrens angeordnet werden (C.-Pr.-O. § 535 Abs. 2 und 3). Geschieht dies nicht und ergeht nunmehr nach der im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgten Zahlung resp. Leistung des Schuldners abändernde Entscheidung zu Gunsten des Schuldners, so bleibt diesem nur der Weg der Klage auf Rückgabe der Leistung nach Maßgabe der oben sub a. a. E. dargelegten Grundsätze, da eine analoge Anwendung des § 655 der C.-Pr.-O. ausgeschlossen erscheint, wie sich aus der Fassung des § 703 der C.-Pr.-O., welcher den § 655 nicht anzieht, ergiebt.

2. Zwangsvollstreckung kraft unmittelbar gesetzlicher Bestimmung oder infolge Verwillkürung des Schuldners.

Wir rechnen folgende Fälle hierher:

1) Vergleiche, welche nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in betreff eines Teils des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gerichte abgeschlossen sind (C.-Pr.-O. § 702 sub 1).

2) Vergleiche, welche im Falle des § 471 der C.-Pr.-O. vor dem Amtsgericht abgeschlossen sind (C.-Pr.-O. § 702 sub 2).

3) Die rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche im Konkursverfahren (K.-O. § 179).

4) Die im Konkursverfahren angemeldeten Forderungen, welche vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine nicht bestritten und in die Tabelle eingetragen sind, wenn das Konkursverfahren aufgehoben oder eingestellt ist. (Konk.-O. §§ 152, 192.)

5) Urkunden, welche von einem deutschen Gerichte oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenze seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. (C.-Pr.-O. § 702 Nr. 5.)

Im einzelnen ist nur ad 5 zu bemerken, daß in diesem Falle

allein die Zwangsvollstreckung nur dann zulässig ist, wenn die versprochene Leistung auf eine bestimmte Geldsumme resp. auf eine bestimmte Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere geht. Es ist dieselbe Beschränkung, welche für das Mahnverfahren, sowie für den Urkundenprozeß gilt.

Bezüglich der Form der Aufnahme der Urkunden sowie der Kompetenz der Gerichte und Notare entscheiden die Landesgesetze*), da es sich hier um Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. (Einf.-Ges. z. Ger.-Verf.-Ges. § 4.) Daß das Gericht resp. der Notar nur innerhalb seines Amtssprengels solche Urkunden aufnehmen darf, ist selbstverständlich.

Die Formvorschriften für den Aufnahmeakt, die Frage nach der Besetzung der Gerichte bestimmt sich nach den für das bezügliche Gericht geltenden allgemeinen und besonderen Reichs- und Landesgesetzen. Für die Notariatsdokumente ist durch die Notariatsordnung von 1512 § 3 die Zuziehung zweier Zeugen für notwendig erklärt, soweit nicht landesgesetzliche Notariatsordnungen abweichen.

Der Vollständigkeit halber verweisen wir sodann noch auf die nach Maßgabe der § 13 des Einf.-Ges. zur C.-Pr.-O. bei Bestand gebliebenen Bestimmungen des Allg. Deutsch. H.-G.-B., wonach in bestimmten Fällen der gerichtliche Verkauf der Faustpfänder ohne vorgängige Klage stattfindet. Solches Recht steht zu

a) den Kaufleuten wegen ihrer Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften, für welche die Bestellung eines Faustpfandes schriftlich erfolgt ist. (H.-G.-B. art. 310.)

b) dem Kommissionär wegen seiner im art. 374 des H.-G.-B. bezeichneten Forderungen gegen den sich im Vorzuge befindlichen Kommittenten (H.-G.-B. art. 375), sowie dem Spediteur wegen seiner Forderungen. (H.-G.-B. art. 387.)

c) dem Frachtführer wegen der im § 409 Abs. 1 des H.-G.-B. bezeichneten Forderungen (vgl. H.-G.-B. art. 409 Abs. 2, 407 Abs. 4).

In diesen Fällen verordnet das Gericht auf den genügend

---

*) Vgl. Endemann, der deutsche C.-Pr. III. § 702 Nr. 5 pag. 193. Gaupp, Kommentar z. C.-Pr.-O. III. pag. 237 sub 5 a.

begründeten Antrag des Gläubigers den Verkauf der betr. Gegenstände zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers. Es kann das Gericht damit den Gerichtsvollzieher beauftragen, die Bestimmungen der C.-Pr.-O. über das Zwangsvollstreckungsverfahren finden dagegen keine Anwendung.

§ 4.
Die Vollstreckungsklausel.

Wie der Schuldtitel die materielle Grundlage des Zwangsvollstreckungsverfahrens, so bildet die dem Titel beigefügte Vollstreckungsklausel die prozessualische Grundlage desselben. Nur auf Grund der Klausel kann die Zwangsvollstreckung erfolgen (§ 662 Ab. 1). Die Prozeßordnung überläßt die Prüfung darüber, ob ein Urteil formell oder materiell vollstreckbar ist, nicht dem Vollstreckungsbeamten, vielmehr ist es Sache des Prozeßgerichts zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung vorliegen. Daß diese Zulässigkeit gegeben ist, entnimmt der Vollstreckungsbeamte aus der ihm vorgelegten vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels (Vollstreckungsklausel), ihm steht darüber ein selbständiges Prüfungsrecht nicht zu. Liegt die Klausel vor, so ist die Zulässigkeit da, liegt die Klausel nicht vor, so ist das Verfahren unzulässig. Das gilt sowohl für den Gerichtsvollzieher wie für das Vollstreckungsgericht.

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung sind nun entweder lediglich prozessualische oder sie sind aus dem Inhalte des Titels resp. aus der Person des Gläubigers oder Schuldners (im Falle stattgehabter Rechtsnachfolge) zu entnehmen. In ersterer Beziehung ist über diese Voraussetzungen — ob z. B. die Entscheidung rechtskräftig oder doch sonst vollstreckbar ist, ob die vorgeschriebene Form für den Titel gewahrt ist — schon im § 3 gesprochen worden. Die anderen beiden Punkte sind hier zu besprechen:

1) Wenn sich aus dem Inhalte des Titels ergiebt, daß die dem Schuldner obliegende Leistung von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Thatsache als einer dem

Gläubiger obliegenden Sicherheit abhängt, so darf die vollstreckbare Ausfertigung nach § 664 C.-Pr.-O. erst erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird. Die Bestimmung trifft also nur zu, wenn die Leistung abhängig ist von dem Eintritt der Thatsache, sie trifft also nicht zu, wo es sich um Leistungen Zug um Zug handelt. Ob im letzteren Falle es genügt, daß der Gläubiger seinerseits zur Leistung bereit ist, oder ob der Gläubiger seine Leistung durch den Gerichtsvollzieher anbieten lassen muß, hat dieser selbständig zu prüfen. Bei Erteilung der Klausel ist dieser Punkt nicht zu berücksichtigen. Hat dagegen der Gläubiger vorzuleisten, oder muß er nach Inhalt des Urteils beweisen, daß eine Thatsache, von welcher die Leistung des Schuldners abhängt, eingetreten ist, so hat der Gläubiger zunächst dem Beamten, welcher die Vollstreckungsklausel zu erteilen hat, den bezüglichen Beweis durch öffentliche Urkunden zu führen. Dieser Beamte hat zu prüfen, ob die Urkunde nach § 380, 381—384 den Eintritt der Thatsache nach Form und Inhalt beweist, und ist das nicht der Fall, so darf die Klausel nicht erteilt werden.

2. In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn nach ergangenem Titel die Klausel für den Rechtsnachfolger des im Titel bezeichneten Gläubigers oder gegen den allgemeinen Rechtsnachfolger des im Titel bezeichneten Schuldners und unter Berücksichtigung der §§ 236, 238 C.-P.-O. gegen denjenigen Rechtsnachfolger dieses Schuldners erteilt werden soll, an welchen die im Streit befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits veräußert ist, und zwar nicht nur dann, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird, sondern auch dann, wenn die Rechtsnachfolge beim Gericht offenkundig ist (§ 665). Ist das letztere (die Offenkundigkeit) der Fall, so ist solches in der Klausel zu bemerken (§ 665 Abs. 2).

In beiden Fällen (1 u. 2) darf die Klausel, welche sonst vom Gerichtsschreiber erteilt wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden des zuständigen Prozeßgerichts erteilt werden. Auch diese Anordnung muß in der Klausel enthalten sein (§ 666 Abs. 3).

Die Vollstreckungsklausel

„Vorstehende Ausfertigung wird dem u. s. w. (Bezeichnung „der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt"

ist von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen (§ 663). Die Form läßt hinreichenden Raum für etwa erforderliche Abänderungen und Beschränkungen; haftet z. B. der Schuldner nach Inhalt des Urteils nur beschränkt, so ist die Klausel auch nur beschränkt, z. B. zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das dem Schuldner gehörige (näher zu bezeichnende) Grundstück zu erteilen. Andere Beschränkungen können sich gegenüber dem Inhalte des Urteils aus dem Vorbringen des Gläubigers ergeben. — Um Mißbrauch der Klausel zu verhüten, ist in den §§ 669 und 670 bestimmt, daß eine weitere vollstreckbare Ausfertigung derselben Partei, sofern nicht die zuerst erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird, auf Anordnung des Vorsitzenden*) erteilt werden darf — vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden —, sowie, daß der Gerichtsschreiber von der Erteilung der weiteren Ausfertigung, wenn die Entscheidung, durch welche dieselbe angeordnet ist, nicht verkündet ist, den Gegner in Kenntnis zu setzen hat, auch daß die weitere Ausfertigung als solche unter Erwähnung der Entscheidung ausdrücklich zu bezeichnen ist, und endlich, daß vor der Aushändigung einer vollstreckbaren Ausfertigung auf der Urschrift des Urteils zu bemerken ist, für welche Partei und zu welcher Zeit die Ausfertigung erteilt ist. — Nach den Motiven ist dabei das Bedürfnis des Gläubigers insoferne berücksichtigt, daß er eine Zwangsvollstreckung an verschiedenen Orten, insbesondere auch gegen verschiedene Schuldner ausführen kann. Der unbedenklichste Fall ist der, wenn die erste Ausfertigung verloren gegangen ist, aber auch in diesem Falle kann der in Kenntnis gesetzte Schuldner Maßregeln gegen die

*) Ist der Titel eine gerichtliche Urkunde, so wird diese Anordnung von dem Gerichte, welches die Urkunde aufgenommen hat, erteilt. Ist der Titel eine notarielle Urkunde, so wird diese Anordnung von dem Amtsgericht, in dessen Bezirke der verwahrende Notar oder die verwahrende Behörde ihren Amtssitz hat, erlassen. (§ 705 Abs. 3.)

ihm drohende Zwangsvollstreckung treffen, er steht nicht ungünstiger, als wenn er vor Erteilung der ersten Ausfertigung den Gläubiger befriedigt hatte. In allen nicht unbedenklichen Fällen wird der Vorsitzende den Schuldner hören. Die Verpflichtung des Gerichtsschreibers, die Erteilung jeder Ausfertigung auf dem Urteile zu vermerken, sichert die Beobachtung dieser Vorschriften.

Zweites Kapitel.

Das Gebiet der Zwangsvollstreckung auf Seiten des Schuldners.

§ 5.

Die Grenzen dieses Gebietes im allgemeinen.

Wenn wir im vorigen Kapitel das Gebiet der Zwangsvollstreckung auf der aktiven, also der Seite des Gläubigers betrachtet haben, insbesondere diejenigen Voraussetzungen kennen gelernt haben, welche vorhanden sein müssen, bevor die Zwangsvollstreckung beginnen kann, so ist jetzt weiter die Frage zu erörtern, inwieweit der Schuldner mit seiner Person oder seinem Vermögen diesem Zwangsvollstreckungsrechte unterworfen ist. Wir betrachten also nunmehr die Kehrseite, die Lage des Schuldners, und suchen auch hier die Grenzen des Verfahrens zu ziehen.

Die Grenze bestimmt sich zunächst nach dem Inhalte des Titels, und können wir die Darstellung auf das Urteil als vollstreckbaren Schuldtitel beschränken, die analoge Anwendung auf die anderen Titel*) ergiebt die Natur der Sache.

Nur kondemnatorische Urteile sind vollstreckbar. Am

*) Eine Ausnahme enthält der § 779 der C.-P.-O. Diese Bestimmung findet nur Anwendung, wenn ein Urteil, nicht wenn ein anderer Vollstreckungstitel vorliegt. Ein eigentliches Zwangsvollstreckungsverfahren findet hier gar nicht statt.

schärfsten tritt der Unterschied des kondemnatorischen Urteils vor dem Feststellungsurteil im Formularprozesse des klassischen röm. Rechts hervor. Die condemnatio ging auf Geld und erzeugte eine neue Klage, die actio judicati, die pronuntiatio hatte diese Wirkung nicht. Nachdem das Erfordernis der Verurteilung auf Geld gefallen ist, verwischt sich der Unterschied, ohne damit zu verschwinden. Wenn heutzutage der Richter auf dasjenige verurteilt, was er als bereits vom Beklagten geschuldet annimmt, also nicht auf etwas Neues (Geld), so schafft er keinen neuen Anspruch, sondern spricht nur das als feststehend aus, was ohne dies bereits besteht, dieser Ausspruch beschränkt sich aber nicht wie bei den Feststellungsklagen auf die Bejahung des vom Kläger prätendierten Rechts, sondern auferlegt gleichzeitig dem Beklagten, diesem anerkannten Rechtszustande gemäß sich zu verhalten. Wie dieses Verhalten einzurichten ist, ergiebt der konkrete Fall, und je nach Verschiedenheit der Fälle sind auch die Mittel, durch welche das Verhalten erzwungen wird, verschieden. Soweit nun die Mittel reichen, wirken sie auf die Rechtssphäre des Schuldners ein, und damit bestimmt sich die Grenze des Zwangsvollstreckungsgebietes in passiver Richtung. Was nun die Mittel selbst anbetrifft, so können dieselben an sich in doppelter Weise auf den Schuldner wirken, entweder sie fügen dem Schuldner in der Weise ein Übel zu, daß derselbe sich — um dieses Übel zu vermeiden — entschließt, die Handlung selbst vorzunehmen, oder es wird dieser Umweg vermieden und dem Gläubiger das Recht gegeben, sich direkt dasjenige zu nehmen resp. auf Kosten des Schuldners aus dessen Vermögen sich verschaffen zu lassen, was er zu fordern berechtigt ist. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet gewähren die ersteren Exekutionsmittel einen indirekten, die letzteren einen direkten Zwang.*) Hier ist der Zwang — also die Kraft, wie dieselbe sich äußert, der Weg, den dieselbe einschlägt — in jenem Falle ein indirekter, in diesem Falle ein direkter. Von einem anderen Gesichtspunkte aus be-

*) Vgl. Wetzell, C.-Pr. III. Aufl. § 50 init. pag. 634.

trachtet,*) nämlich von dem Gesichtspunkte des Erfolgs, welchen der Gläubiger durch Ansetzung des Zwangsmittels erreicht hat, ist der Zwang ein direkter, insofern der Gläubiger durch Anwendung des Mittels gerade dasjenige erreicht, was er zu fordern hat, dagegen ein indirekter, wenn der Schuldner das, was er leisten soll, nicht geleistet hat, der Gläubiger dagegen durch Anwendung der Zwangsmittel denselben Erfolg hat, als ob der Schuldner geleistet hätte.

In dem letzteren Falle spricht man von Realexekution, weil sich die Zwangsvollstreckung nur gegen das Vermögen und nicht gegen die Person des Schuldners richtet, im ersteren Falle dagegen von Personalexekution, weil hier der Zwang zunächst gegen die Person sich wendet. Wir werden beide Fälle getrennt behandeln. Mit dieser Unterscheidung ist jedoch das Gebiet der Zwangsvollstreckung nicht erschöpft. Zuweilen tritt eine Verbindung beider Mittel in der Weise ein, daß die Personalexekution auch bei vertretbaren Leistungen zur Geltung kommt. Früher war das in ausgiebiger Weise in der Schuldhaft der Fall, die deutsche Reichsgesetzgebung hat damit gebrochen. Die C.-P.-O. erkennt jedoch die Personalexekution auch bei vertretbaren Leistungen insoweit an, als sie die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides statuiert; ein dritter Abschnitt wird deshalb die Lehre von dem Offenbarungseide, woran sich dann die Lehre von der Personalhaft knüpft, erörtern.

Ein letztes Aushülfemittel gewährt dann noch der § 779 der C.-P.-O., wo das Gesetz dem halsstarrigen Schuldner die Pflicht abnimmt. Das beliebte Mittel der Fiktion hilft aus. Ob der Schuldner parieren will oder nicht, es wird so angesehen, als habe er pariert.

Verhilft aber das Alles dem Gläubiger nicht zu seinem Rechte, nun dann ist ihm nicht zu helfen; die P.-O. will ihn dann aber auch nicht hindern, gegen den ungehorsamen Schuldner seine Interessenforderung geltend zu machen. C.-P.-O. § 778.

Alle diese Fälle sollen nun nach einander besprochen werden.

---

*) Das ist die Anschauungsweise von Menger in seiner Abhdlg. im Archiv für civil. Praxis Bd. 55 pag. 379 not. 8 und 9.

§ 6.

Die Personalexekution.

Wenn sich die Zwangsvollstreckungsmittel gegen die Person des Schuldners richten, so sollen sie den Schuldner veranlassen, dem Gläubiger ohne dessen Zuthun Dasjenige zu verschaffen, was er zu fordern hat. Würde das Gesetz diese Mittel scharf und konsequent zur Anwendung bringen, so würde es den Standpunkt der Gerechtigkeit nicht verlassen. Unser Recht thut das nicht. Durchgeführt ist dieses Prinzip nur da, wo es nur der Wille des Schuldners ist, woran der Erfolg hängt. Kann die vorzunehmende Handlung durch einen Dritten vorgenommen werden, so wäre der Versuch eines unmittelbaren Zwanges gegen den Schuldner, dessen Wille nicht erforderlich ist — wie die Motive meinen — nur noch überflüssige Härte. Wenn man es überflüssige Härte nennt, daß der Schuldner den Richterspruch — das lebendig gewordene Recht — auf Kosten des Gläubigers verhöhnen darf, dann haben die Motive Recht, wir nennen eine solche Politik eine schwächliche, träge Politik, welche das Ansehen des Gesetzes vernichtet.

Ebenso ungerechtfertigt müssen wir den Ausspruch der Motive halten, daß zur Ausführung einer Handlung, welche von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann, dann, wenn derselbe nicht ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, jeder auf Vornahme der Handlung selbst gerichtete Zwang gegen den Schuldner unzulässig ist. Der angeführte Grund, daß dieser Zwang zur Beugung seines Willens nicht ausreichend und auch dem Prinzip des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1868 betr. die Aufhebung der Schuldhaft widerspricht, trifft nicht zu. In ersterer Beziehung dürfte die Erfahrung gegen die Motive sprechen, in letzterer Beziehung wäre doch zunächst zu untersuchen gewesen, ob das Prinzip von 1868 auch ein richtiges war. Dieser Untersuchung würden wir uns noch unterziehen, wie bereits angedeutet ist. — Zunächst wenden wir uns dem Gesetze zu.

Die Personalexekution findet statt in der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen, sowie in

der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen:

a. Ist der Schuldner verpflichtet, eine von ihm beabsichtigte Handlung zu unterlassen, oder zu dulden, daß der Gläubiger eine von diesem beabsichtigte Handlung vornimmt, so liegt in beiden Fällen die Verpflichtung zu etwas Negativem vor, aber in verschiedenem Grade. In ersterem Falle soll der Schuldner sich lediglich passiv verhalten gegenüber einem bestimmten Verbote, seine Verpflichtung gleicht derjenigen, welche alle Unterthanen gegenüber den allgemeinen Verboten, den Strafgesetzen haben, deshalb zieht eine Verletzung dieses Gebotes Strafe nach sich; erzwingbar ist dieses Verbot so wenig wie es erreichbar ist, daß Niemand die Strafgesetze verletzt. In diesem Falle kann also von einem eigentlichen Zwangsvollstreckungsverfahren, d. h. also einem Verfahren, welches dient, dem Gläubiger Befriedigung zu verschaffen, nicht die Rede sein, der Gläubiger muß zufrieden sein, wenn der Richter den Schuldner zur Strafe verurteilt, und muß der Gläubiger es erwarten, ob die Strafe den Schuldner bessert. (C.-Pr.O. § 775.) Der Verurteilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem Urteil nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgerichte erster Instanz erlassen wird (§ 775 Abs. 2). Die Wahl der Strafart und die Höhe der Strafe bestimmt das richterliche Ermessen. Dabei ist das Maximum der Geldstrafe 1500 *M* und das Maximum der Haftstrafe 6 Monate für jeden einzelnen Fall. Das Maß der Gesamtstrafe darf jedoch 2 Jahre Haft nicht übersteigen. Etwas anders liegt die Sache in dem zweiten Falle, wenn es sich um die Verpflichtung des Schuldners handelt, die Vornahme einer Handlung zu dulden. Der Widerstand, welchen der Schuldner in diesem Falle leistet, ist nicht immer und nicht lediglich ein passiver, in der Regel wird der Widerstand sich in einer positiven Handlung offenbaren, und hier ist dem Gläubiger das Recht gegeben, diesen positiven Widerstand unter Hülfe des Gerichtsvollziehers zu brechen (C.-P.-O. § 777). Der Gläubiger hat außerdem das Recht, ganz so wie im vorhergehenden Falle zu verfahren und das Strafverfahren gegen

den Schuldner zur Anwendung bringen zu lassen. In beiden Fällen kann der Gläubiger begehren, daß der Schuldner zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt wird (§ 775 Abs. 3).

b. die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen.

Man muß hier unterscheiden, ob die Handlung eine solche ist, welche **nur** von dem Schuldner vorgenommen werden kann, deren Vornahme durch einen Dritten also nicht erfolgen kann, **oder** ob die Vornahme der Handlung durch einen Dritten erfolgen kann. Im letzteren Falle hat der Gläubiger nur das Recht, zu begehren, daß er ermächtigt werde, die Handlung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen. Ein Mittel, die Leistung seitens des Schuldners zu erzwingen, gewährt das Gesetz nicht. Das Gesetz gestattet also dem Gläubiger nur, sich selbst zu befriedigen, giebt dem Gläubiger dagegen kein eigentliches Exekutionsmittel in die Hand.

Ist dagegen die Handlung, welche der Schuldner vornehmen soll, eine unvertretbare, d. h. eine solche, deren Vornahme durch einen Dritten nicht erfolgen kann, so ist zu unterscheiden, ob die Handlung ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt oder nicht. Im letzteren Falle giebt es gar kein Zwangsmittel,*) und da die Selbsthülfe der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist, so bleibt dem Gläubiger, falls es dem Schuldner am Können fehlt, nur seine Ersatzforderung gemäß der C.-Pr.-O. § 778. — Hängt die Handlung dagegen **ausschließlich** **) vom Willen des Schuldners ab, so

---

*) Vgl. Mot. zum Entw. § 720 (774). B.-Ges. v. 29. Mai 1868 § 1. Das in diesem Gesetze ausgesprochene Prinzip ist auch hier zur Anwendung gekommen.

**) Über die hierher gehörigen Fälle sprechen sich die Mot. zum Gesetzentwurfe wie folgt aus: „Der Versuch, die hiernach zu entscheidenden

gewährt das Gesetz dem Gläubiger ein direktes Zwangsmittel, um den gewünschten Erfolg unmittelbar zu erreichen. Es hat nämlich in solchem Falle das Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 M oder durch Haft anzuhalten sei. Geld- und Haftstrafen sind hier also Zwangsmittel, keine Strafe. Mit den Zwangsmitteln kann so lange und so oft verfahren werden, bis der Erfolg erreicht ist, oder die Maximalstrafe verbüßt ist.

Dieser Zwang ist jedoch für unzulässig erklärt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe. Dagegen finden dieselben Zwangsmittel statt bei der Verurteilung auf Herstellung des ehelichen Lebens, wenn das Landesrecht solche Mittel bisher (cfr. C.-Pr.-O. § 778 Abs. 3) für diesen Fall gewährte. —

Zu den Handlungen, zu welchen ein Schuldner verurteilt werden resp. zu welchen er sich sub poena executionis verpflichten kann, gehört auch an sich die Abgabe von Willenserklärungen.*) Auch in dieser Beziehung gelten in der Regel die soeben dargelegten Grundsätze. Nur, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, also nur wenn ein Urteil, nicht wenn ein anderer Zwangsvollstreckungstitel hierauf vorliegt**) und auch in diesem Falle nur dann, wenn die Willenserklärung nicht noch einer besonderen schriftlichen Form bedarf,***) es sich also lediglich um

---

Fälle im Gesetze von vorne herein näher zu bestimmen, ist nicht zu empfehlen. Es läßt sich nur sagen, daß ebenso wenig die Aufwendung von Geldmitteln wie die Anwendung irgend einer besonderen Fähigkeit als ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig angesehen werden kann. Sind Geldmittel erforderlich, so ist die Herbeischaffung derselben, wenn sie der Gläubiger nicht vorschießt, Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Sind besondere Fähigkeiten anzuwenden, so wird sich nie mit Gewißheit feststellen lassen, daß der Schuldner sie hat." —

*) Also auch die civilrechtlich gebotene eidliche Manifestation des Vermögens.

**) Vgl. Endemann, C.-Pr. III pag. 331 a. E.

***) Vgl. Endemann, a. a. O. pag. 330.

die „blanke" Willenserklärung handelt, bedarf es überall der Zwangsvollstreckung nicht, das rechtskräftige Urteil birgt die Zwangsvollstreckung kraft einer Fiktion in sich. (C.-Pr.-O. § 779.) Wir werden diesen Fall *) weiter unten im § 10 behandeln.

c) Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen.

Hier kommt es darauf an, ob der Schuldner im Besitz der dem Gläubiger zu übergebenden resp. zu überlassenden Sachen ist oder nicht. Im ersteren Falle sind die Gegenstände dem Schuldner wegzunehmen, resp. ist der Schuldner aus dem Besitze zu setzen und der Gläubiger in den Besitz einzuweisen. Das Gesetz spricht nur von der Herausgabe von Sachen, nicht von der Herausgabe von Personen. Dieser Fall gehört also nicht hierher, sondern zu b).

Befinden sich aber die herauszugebenden resp. zu überlassenden Sachen (seien es bewegliche oder unbewegliche) nicht in der Detention des Schuldners, so scheidet hier zunächst der Fall aus, wenn es sich um die Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen handelt (C.-Pr.-O. § 770). In diesem Falle ist der Gläubiger auf seine Interessenforderung verwiesen. **) In den übrigen Fällen (C.-Pr.-O. §§ 769 Abs. 1, 771 Abs. 1) kommt es darauf an, ob die Sachen sich in der Detention dritter Personen befinden oder nicht. Im ersteren Falle kann sich der Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe der Sachen gegen den Dritten überweisen lassen (C.-Pr.-O. § 772). Sonst hat der Schuldner auf Antrag des Gläubigers, wenn es sich um Herausgabe beweglicher Sachen handelt, den Offenbarungseid zu leisten (C.-Pr.-O. § 769 Abs. 2). Daneben besteht die Interessenforderung des Gläubigers aus C.-Pr.-O. § 778.

---

*) Derselbe hat gerade für das moderne Hypothekenrecht eine besondere Bedeutung.

**) C.-Pr.-O. § 778, unten § 11.

§ 7.

Die Vermögensexekution.

Die Vermögensexekution findet statt wegen Geldforderungen des Gläubigers, nicht wegen der vorhin besprochenen Individualleistungen. Unter Vermögensexekution im hier gebrauchten Sinne verstehen wir das Recht des Gläubigers, das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung wegen seiner Ansprüche verwenden zu dürfen. Die Person des Schuldners kommt hierbei nicht in Betracht, nicht vom Schuldner wird eine Leistung verlangt, sondern nur sein Vermögen wird angegriffen. Durch diesen Angriff erlangt der Gläubiger nicht direkt die schuldige Leistung (Zahlung 2c.), sondern nur einen Ersatz für die Leistung.

Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, ist es aber auch vollständig gleichgültig, ob der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners oder — wie das z. B. denkbar ist, wenn beim Schuldner fremde Sachen gepfändet werden — aus fremdem Vermögen befriedigt wird, wenn er nur befriedigt wird. Für die Frage nach der Zwangsvollstreckung releviert deshalb der Umstand, ob der Gläubiger das Vermögen des Schuldners oder fremdes Vermögen angreift, zunächst nicht. Das ist der Standpunkt der C.-P.-O. Sie beantwortet die Frage, inwieweit das Vermögen des Schuldners dem Zwangsvollstreckungsrechte des Gläubigers unterworfen ist, nicht,*) sie hat es nicht positiv ausgesprochen, daß nur das dem Schuldner gehörige Vermögen der Zwangsvollstreckung unterliegt. Sie beschränkt sich vielmehr im Allgemeinen darauf, von dem beweglichen und unbeweglichen Vermögen an sich als Gegenstand der Zwangsvollstreckung zu sprechen.

Wir haben deshalb zunächst von der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen zu handeln. Die

*) Der Nordd. Entw. § 962 nennt „das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners." Die Konk.-O. § 1 rechnet zur Konkursmasse „das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört."

Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung. Die Pfändung soll nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Befriedigung des Gläubigers sowie zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist, und wenn sie voraussichtlich überhaupt kein über die Deckung der Kosten hinausgehendes Resultat geben wird, soll sie ganz unterbleiben (C.-P.-O. § 708). Abgesehen hiervon ist das Gebiet der Zwangsvollstreckung positiv nicht begrenzt. Die C.-Pr.-O. statuiert nur gewisse Ausnahmefälle, indem sie bestimmte Sachen sowie bestimmte Forderungsrechte dem Pfändungsrechte des Gläubigers nicht unterwirft, worüber im 2. Abschnitte zu sprechen ist. Von diesen Ausnahmefällen abgesehen, unterliegt der Zwangsvollstreckung das gesamte bewegliche Vermögen, soweit es der Schuldner inne hat, ob dem Schuldner daran Eigentumsrechte, dingliche Nutzungsrechte, Faustpfand, Verwaltungs- und Gebrauchsrechte, Besitzrechte, Inhaberrechte oder lediglich Detention zusteht, ist für den Akt der Pfändung ebenso gleichgültig wie für die Frage nach der Entstehung des Pfändungspfandrechts. Gegen Eingriffe in die Rechte Dritter schützt lediglich die Widerspruchsklage aus § 690, worüber weiter unten zu handeln ist. — Für die Zulässigkeit der Pfändung an sich handelt es sich lediglich darum:

1) bezüglich der beweglichen **Sachen**, ob der Schuldner sich im natürlichen Besitze derselben befindet. Sachen des Schuldners, welche der Gläubiger oder ein Dritter in der Detention hat, können freilich auch gepfändet werden, es hat jedoch im ersteren Falle der Gläubiger die Sachen dem Gerichtsvollzieher zu übergeben, im anderen Falle die Einwilligung des Dritten zur Pfändung zu erwirken. Ist der Dritte jedoch nicht bereit, die Sachen herauszugeben, so darf der Gerichtsvollzieher die Sachen niemals pfänden, wenn es auch notorisch ist, daß die Sachen dem Schuldner gehören und daß dem Dritten keinerlei Recht an den Sachen, nicht einmal ein Rückbehaltungsrecht wegen Forderungen daran zusteht. Der Gläubiger muß dann die Forderung des Schuldners an den Dritten auf Herausgabe der Sachen pfänden lassen.

Als bewegliche Sachen, welche nach diesen Grundsätzen gepfändet werden können, sind aber anzusehen alle Sachen, welche nicht nach Maßgabe des Landesrechts in Ansehung der Zwangsvollstreckung zu dem unbeweglichen Vermögen gehören (C.-P.-O. § 757 Abs. 2).

2. Bezüglich der Forderungen und anderer Vermögensrechte bestimmt sich die Frage, ob diese Forderungen und Rechte zu dem beweglichen Vermögen gehören, wieder insofern nach Landesrecht, als hierher alle Rechte, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung nicht zu dem unbeweglichen Vermögen gehören, gezählt werden (§ 757 Abs. 2). Aber auch innerhalb dieses Rahmens läßt die Pr.-O. es vollständig unbestimmt, welche Forderungsrechte oder anderen Vermögensrechte Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein können. Bei der Erörterung dieser Frage haben wir es auch hier nur mit den Forderungsrechten und Vermögensrechten an sich zu thun, ohne weiter zu untersuchen, ob dem Schuldner die Forderung oder das Recht aus eigenem Rechte oder nur der Ausübung nach zusteht. Für die Zulässigkeit der Pfändung genügt es zunächst, daß der Gläubiger bestimmte Forderungen oder Rechte des Schuldners bezeichnet, worauf dann ohne weitere materielle Prüfung die Pfändung zu erfolgen hat. Der Pfändung unterliegen aber nur diejenigen Forderungen und Vermögensrechte, welche veräußerlich *), d. h. übertragbar sind **); denn nur diese Forderungen und Rechte haben einen Verkaufswert, und nur Gegenstände mit Verkaufswert können Gegenstand eines Pfandrechts sein. ***)

---

*) Sei es auch nur der Ausübung nach. Ob dem Schuldner auch in concreto die Veräußerung oder richtiger das Veräußerungsrecht zusteht, darauf kommt es zunächst für die Frage der Zulässigkeit der Pfändung nicht an, soweit nicht das Veräußerungsverbot ein gesetzliches ist, da die Folge Nichtigkeit des Aktes sein würde.

**) Deshalb ist auch das Zwangsvollstreckungsrecht selbst wieder Gegenstand der Zwangsvollstreckung.

***) Vgl. L. 9 § 1 D. de pign. XX. 1. „Quod emtionem et venditorum recipit, etiam pignorationem recipere potest."

Von den Forderungsrechten sind also auszunehmen die Ansprüche, welche auf Genugthuung gehen (sog. actiones vindictam spirantes), von den sonstigen Rechten der usus und die Grunddienstbarkeiten (daher auch die Forderungen auf Bestellung dieser Rechte). *) Einer Erörterung bedürfen noch das Urheberrecht und das Patentrecht.

a) Was das Urheberrecht (vgl. Ges. v. 11. Juni 1870 betr. d. Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc., Ges. vom 9. Jan. 1876 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, Ges. v. 10. Jan. 1876 betr. den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung, Ges. v. 11. Jan. 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen) anbetrifft, so ist die Veräußerlichkeit dieses Rechtes in allen Gesetzen ausgesprochen. Wenn deshalb die Gesetze selbst nicht das Gegenteil ergeben, wird man dieselben dem Gebiete der Zwangsvollstreckung nicht entziehen dürfen. Ohne Beschränkung nehmen wir dies für das Verlagsrecht an, d. h. dasjenige Recht, welches vom Urheberrecht abgeleitet gegenüber demselben als selbständiges Recht auf Vervielfältigung des Originals erscheint. **) Dasselbe muß konsequenterweise gelten, wenn der Verfasser resp. Verfertiger sein Werk im Selbstverlage resp. Selbstvertriebe bereits veröffentlicht hat. Ist das noch nicht geschehen, so ist der Gegenstand der Zwangsvollstreckung lediglich das Manuscript, das Muster ꝛc. Diese unterliegen der Zwangsvollstreckung ebenso wie alle anderen körperlichen Sachen. Da aber mit dem Eigentum des Manuskriptes ꝛc. nicht das Vervielfältigungsrecht erworben wird, andererseits aber nach dem Geiste der Urhebergesetzgebung der Urheber nicht wider seinen Willen ***)

---

*) Vgl. auch Windscheid, Lehrbuch § 335 sub 1 b not. 4.

**) Wir konstruieren somit das Verlagsrecht als ein eigenes selbständiges Recht gegenüber dem Urheberrecht, wie das dingliche Recht gegenüber dem Eigentum — wenn auch von demselben abgeleitet — ein selbständiges Recht ist. Wir nehmen keinen Anstand, das Verlagsrecht seinem Inhalte, wenn auch nicht dem Gegenstande nach als dingliches Recht an fremdem Vermögen zu bezeichnen.

***) Hat sich der Verfasser zur Veröffentlichung z. B. in einem Ver-

genötigt werden kann, sein Werk zu veröffentlichen, so muß das Urheberrecht selbst — soweit der Gegenstand desselben noch nicht veröffentlicht ist — von dem Gebiete der Zwangsvollstreckung ausscheiden.*)

b) Das Patentrecht ist Gegenstand der Zwangsvollstreckung. cfr. Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. XXII. Nr. 78.

Nachdem wir den Kreis des beweglichen Vermögens — soweit dasselbe an sich der Zwangsvollstreckung unterliegt — gezogen haben, erübrigt noch das Gebiet der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen — soweit es sich um das unbewegliche Vermögen handelt — zu bestimmen.

Welche **Sachen** und **Rechte** in Ansehung der Zwangsvollstreckung zu dem unbeweglichen Vermögen gehören, bestimmt das Landesrecht (C.-Pr.O. § 757 Abs. 2).

Dieser Satz stellt für die Zwangsvollstreckung eine eigene Begriffsbestimmung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen auf und setzt sich damit in bewußten Gegensatz zu dem Civilrecht. Die Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit ist nach Anschauung des röm. Rechts lediglich eine Eigenschaft der körperlichen Sachen, insofern die Römer zwischen res corporales und res incorporales unterscheiden und von jenen sagen, dieselben seien entweder res mobiles oder res immobiles. Der Privatrechtsverkehr ist aber hierbei nicht stehen geblieben, er spricht nicht blos von beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern von beweglichem und unbeweglichem Vermögen. Handelt es sich jetzt für den Richter darum, zu bestimmen, welche Rechte zu dem unbeweglichen Vermögen gehören, so sieht man, wenn es sich um dingliche Rechte handelt, nach dem Gegenstande,

---

lagsvertrage verpflichtet, so ist diese Verpflichtung wie jedes andere facere zu erzwingen.

*) Vgl. Stobbe, deutsches Privatrecht III. pag. 46 not. 9 und die das. cit. — daß die aus der Ausübung oder Verletzung des Urheberrechts etwa entstandenen Ansprüche des Urhebers auf Honorar oder Schadensersatz der Zwangsvollstreckung unterliegen, erscheint uns so selbstverständlich, daß es kaum des Hinweises darauf bedarf.

und wenn es sich um persönliche Rechte handelt, nach dem Inhalte des Rechts. Ist der Gegenstand des Rechts resp. der Leistung ein beweglicher, so rechnet man das Recht zu dem unbeweglichen, anders zu dem beweglichen Vermögen.*) Diese civilrechtliche Einteilung ist für das Zwangsvollstreckungsverfahren ohne Bedeutung. Für dieses Verfahren ist nur dasjenige Vermögen als unbewegliches anzusehen, welches nach Landesrecht in Ansehung der Zwangsvollstreckung dafür erklärt ist. Die Bedeutung ist dann die, daß das Verfahren einschließlich des Aufgebots- und Verteilungsverfahrens sich nach Landesrecht bestimmt.**)

Darnach hat also die Landesgesetzgebung dasjenige Vermögen, welches sie in Ansehung der Zwangsvollstreckung als unbewegliches gelten lassen will, zu bestimmen,***) sie kann Vermögen, welches sonst nach Reichs- oder Landesrecht zu dem beweglichen gehört, in Ansehung der Zwangsvollstreckung zu dem unbeweglichen Vermögen und umgekehrt Vermögen, welches sonst nach Reichs- und Landesrecht zu dem unbeweglichen Vermögen gehört, in Ansehung der Zwangsvollstreckung zu dem beweglichen Vermögen rechnen, und sie thut das letztere stillschweigend, wenn sie das nach civilrechtlichem Gesichtspunkte für unbeweglich geltende Vermögen **nicht** dem landesrechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren wegen Geldforderungen unterwirft.†)

---

*) Wächter, Pandekten I. § 61 Abs. 2 und Beil. IV. und V.

**) Über den legislativen Grund cfr. Mot. z. Konk.-Ordn. § 39.

***) So lautet das preuß. Ges. v. 4. März 1879 § 1 positiv: „In Ansehung der Zwangsvollstreckung gehören zum unbeweglichen Vermögen außer Grundstücken diejenigen Sachen und Rechte, deren Zwangsverkauf nach den bestehenden Vorschriften in dem für den Zwangsverkauf von Grundstücken bestimmten Verfahren erfolgt."

†) Das mecklenburgische Landesrecht regelt dieses Verfahren in der Ver-

§ 8.

Die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides.

Der Offenbarungseid beschäftigt uns hier nur insoweit, als er in der Exekutionsinstanz vom Schuldner abzuleisten ist. Die

---

ordnung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen vom 24. Mai 1879. In diesem Gesetze ist geregelt

1) die Zwangsvollstreckung in Grundstücke,

2) die Zwangsvollstreckung in Seeschiffe.

Hierauf beschränkt sich nach Meckl. Rechte der Kreis der in Ansehung der Zwangsvollstreckung als unbeweglich geltenden Sachen — die Zwangsvollstreckung erfolgt durch Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (Verordnung cit. §§ 6, 93).

Was zunächst die Grundstücke anbetrifft, so unterliegen der Zwangsvollstreckung die im Eigentum oder Nutzeigentum des Schuldners stehende Grundstücke (Verordnung cit. § 22 sub 3).. Ist der Schuldner nicht alleiniger, sondern nur Miteigentümer, so kann auch der Anteil (also der ideelle Teil des Miteigentumsrechts) der Beschlagnahme unterworfen werden (Verordnung cit. § 80), es hat dann der Gläubiger die Wahl, ob er die Versteigerung des ganzen Grundstücks oder die des Anteils beantragen will (Verordnung cit. § 79).*) Anstatt der Beschlagnahme des Anteils muß der Gläubiger jedoch die Pfändung des Teilungsanspruches beantragen, „wenn der Anteil des Schuldners durch eine Auseinandersetzung mit den Miteigentümern in Ansehung des die Gemeinschaft begründenden Rechtsverhältnisses**) erst noch zu ermitteln ist (Verordnung cit. § 78). In diesem Falle findet nicht das landesrechtliche Beschlagnahmeverfahren, sondern das reichsrechtliche Pfändungsverfahren statt (C.-Pr.-O. § 754).

Zu erwähnen ist sodann noch, daß falls die Beschlagnahme eines Grundstückes erfolgt ist, von diesem Augenblicke an diejenigen Gegenstände, welche zu der Immobiliarmasse des Grundstücks gehören,***) in Ansehung der Zwangsvollstreckung und ihrer Wirkungen dem beschlagnahmten Grundstücke gleichstehen (Verordnung cit. § 8).

Außer den Grundstücken gehören hierher die Seeschiffe†) (Ver-

---

*) Dieses Wahlrecht cessiert bei der Zwangsvollstreckung in den Anteil an einem Lehngute. Hier muß die Versteigerung des ganzen Gutes erfolgen (V.-O. cit. § 87).

**) Z. B. Erbrecht, societas.

***) Es gehören hierzu gemäß § 3 der Verordnung cit. die im § 1 der Verordnung v. 3. Mai 1879 betr. Ergänzung der Hyp.-Ordn. verzeichneten Sachen und Rechte.

†) Vgl. Meckl. Ztschr. f. Rechtspflege Bd. II. pag. 51 not. 1.

übrigen Anwendungsfälle desselben — vgl. darüber Wetzell, C.-Proz. § 28 sub 2 und die daselbst not. 14 notierten Schriftsteller — sind hier nicht zu erörtern. Die Frage, ob der Offenbarungseid in solcher Anwendung im gemeinen Prozeßrechte zulässig ist, ist in der Theorie bestritten. Bejaht wird die Frage von Wetzell, Civ.-Proz. § 50 not. 20 mit Berufung auf die Praxis. Von Renaud in seiner Abhandlung über den Manifestationseid im Archiv für praktische R.-W. Bd. 8 pag. 132 wird behauptet und nachzuweisen versucht, daß die Delation eines Manifestationseides an den Exequendus nach gemeinem Rechte jeder Begründung entbehre. — Die Motive zum Entwurfe der Civilprozeßordnung sprechen sich über die Anwendbarkeit dieses Zwangsmittels wie folgt aus:

Der Zwang zur eidlichen Manifestation des Vermögens hat sich als ein geeignetes Mittel wirksamer Rechtsverfolgung gegen Schuldner erwiesen, welche ihr Vermögen den Angriffen der Gläubiger arglistig zu entziehen suchen. Der durch die gemeinrechtliche Praxis entwickelte Manifestationseid gilt in den meisten Partikularrechten und ist zur Sicherung der Zwangsvollstreckung nach Beseitigung der Schuldhaft und der Lohnbeschlagnahme sowie gegenüber den durch die §§ 715, 749 anerkannten erheblichen Einschränkungen der Exekution als letztes Mittel für den Gläubiger unentbehrlich."

Darin ist anerkannt, daß der Offenbarungseid als das letzte

---

ordnung cit. § 93). Auch hier wird die Zwangsvollstreckung durch Beschlagnahme bewirkt, dem Beschlagnahmeverfahren unterliegen aber nur die im ungeteilten Eigentume des Schuldners stehenden Seeschiffe, denn nur ganze Seeschiffe sind Gegenstand dieses Verfahrens. Seeschiffe im Sinne der Verordnung sind aber nur die zum Erwerb durch Seefahrt bestimmten Kauffahrteischiffe, welche in ein von einer mecklenburgischen Registerbehörde geführtes Schiffsregister eingetragen sind (Verordnung vom 28. März 1881 betr. die Verpfändung von Seeschiffen § 1). Nicht eingetragene, insbesondere auch nicht mecklenburgische Schiffe gehören nicht hierher, selbst wenn dieselben sich in einem mecklenburgischen Hafen befinden und hier einem Zwangsvollstreckungsverfahren unterworfen werden sollen.

Hülfsmittel der direkten Zwangsvollstreckung gegen den böswilligen Schuldner stehen geblieben ist.

Was die Vorgeschichte der Civilprozeßordnung anbetrifft, so ist hier auf den Preußischen Entwurf (1864) und den Norddeutschen Entwurf zu verweisen. Der Preußische Entwurf handelt die Lehre vom Offenbarungseide in dem Abschnitte über die Vollstreckung mittelst Körperhaft ab, und zwar im Titel über die Lehre von der Vollstreckung der auf eine Geldzahlung gerichteten Urteile. Der Norddeutsche Entwurf behandelt diese Lehre an gleicher Stelle, aber in einem besonderen Titel, wogegen die Lehre von der Haft hier deßhalb nicht behandelt wird, weil die Haft als Mittel der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in diesem Entwurfe nicht mehr vorkommt.

Der Entwurf der R.-C.-Pr.-O. und nach ihm dieses Gesetz hat nun die Lehre vom Offenbarungseide an den Schluß der Lehre von der Zwangsvollstreckung zusammen mit den Vorschriften über die Haft gestellt, dagegen aus dieser Lehre den § 1033 des Norddeutschen Entwurfes herausgenommen und ihn an den Schluß der allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen gestellt, und damit die F r a g e n a c h d e n V o r a u s s e t z u n g e n f ü r d i e V e r p f l i c h t u n g d e s S c h u l d n e r s z u r e i d l i c h e n M a n i f e s t a t i o n s e i n e s V e r m ö g e n s v o n d e r F r a g e n a c h d e m V e r f a h r e n b e i A b l e i s t u n g d e s E i d e s getrennt. Beide Fragen werden noch im Preuß. Entwurf § 1111 und im Nordd. Entwurf §§ 1030 fgg. zusammen verhandelt, woraus hervorgeht, daß in dem Verfahren bei Ableistung des Eides auch geprüft werden soll, ob die Voraussetzungen für sämtliche im § 1109 der Preuß. und im § 1033 des Nordd. Entw. ausgesprochenen Verpflichtungen vorliegen.

Man darf mit der überwiegenden Mehrheit der Kommentare zur C.-Pr.-O. annehmen, daß die im Entwurfe erfolgte Trennung beider Fragen aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgt ist, und zwar deßhalb, weil die Bestimmungen über die Ableistung des Eides sich nicht blos auf den Fall des § 711 der C.-Pr.-O., sondern auch auf den Fall des § 769 sowie auf die K.-O. § 115 bezieht. Aus der Fassung des § 711 „der Schuldner

ist auf Antrag verpflichtet, u. s. w." folgt aber, daß hier von einem besonderen Verfahren auf Auferlegung dieser Pflichten nicht die Rede ist, vielmehr nur in dem Verfahren auf Ableistung dieses Eides das Vorhandensein der Voraussetzungen zu prüfen ist. Daß übrigens die im § 711 dem Schuldner auferlegten Verpflichtungen nicht besonders — etwa nach § 774 der C.-Pr.-O. — erzwingbar sind, muß die einfache Betrachtung ergeben, daß die Kontrole darüber, ob den Pflichten genügt ist, seitens des Richters unmöglich ist, es vielmehr zunächst dem Gewissen des Schuldners überlassen bleiben muß, ob er die Richtigkeit seiner Angaben mit einem Eide bekräftigen kann.

Darnach ergiebt sich folgendes Resultat:

In der Regel ergreift die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen nur das Vermögen des Schuldners. Reicht das bewegliche Vermögen nicht aus, so ist der Schuldner auf Antrag des Gläubigers ohne weiteres verpflichtet, ein Verzeichnis seines Vermögens vorzulegen, bezüglich der Forderungen Grund und Beweismittel anzugeben und den Offenbarungseid zu leisten. Bezüglich des Verfahrens normieren sowol für diesen Fall wie für den bereits oben § 6 S. 31 besprochenen Fall des § 769 d. C.-Pr.-O. die Vorschriften des § 780 flgg.

§ 9.

Die Haft als Vollstreckungsmittel.

Vollstreckungsmittel ist die Haft nur dann, wenn dieselbe als Mittel, vom Schuldner eine Leistung zu erzwingen, angewendet wird. Vollstreckungsmittel ist die Haft dann nicht, wenn sie dazu dient, den Schuldner durch die Anwendung derselben für eine Handlung oder Unterlassung zu strafen. Im letzteren Falle spricht das Gesetz von der Strafe der Haft, im ersteren Falle von der Haft schlechthin. Auch die Strafe der Haft kommt im Zwangsvollstreckungsverfahren (C.-Pr.-O. § 775) vor und ist darüber bereits oben pag. 28 gesprochen. Hier handelt es sich lediglich um die Haft als Vollstreckungsmittel. In dieser Beziehung sind die Anwendungsfälle bereits in den von

der Personalexekution, sowie vom Offenbarungseide handelnden Paragraphen besprochen worden. Zur Erzwingung einer Leistung nach § 774 und der Leistung des Offenbarungseides ist die Haft für zulässig erklärt, im ersteren Falle neben der Haft Geldstrafe, im übrigen ist die Haft als Vollstreckungsmittel, also namentlich im Gebiete der Vermögensexekution, beseitigt. Die längste Dauer der Haft als Vollstreckungsmittel ist auf 6 Wochen festgesetzt. Hat der Schuldner diese überwunden, so ist er frei und ledig, und kein Gläubiger kann den Offenbarungseid von ihm verlangen, es sei denn daß derselbe nachweist, der Schuldner habe später Vermögen erworben. Ebenso ist der Schuldner frei, sobald er den Offenbarungseid geleistet hat. „Den Eid, Herr Richter, möcht' ich kennen lernen, den ich nicht leisten könnte." Diese vom Satiriker dem Beklagten in den Mund gelegte Antwort an den Richter, welcher vor dem Meineide verwarnt, kennzeichnet so recht den sittlichen Standpunkt der Volksmenge in der Eidesfrage. Die Heiligkeit des Eides ist ein überwundener Standpunkt! Wozu sind die Scheingeschäfte, wenn sie nicht geschlossen werden sollten? Und welcher Richter würde bei der heutigen Fassung des Offenbarungseides in solchen Fällen seines Strafamtes walten mögen oder auch nur können? Ich glaube, man darf nicht im Zweifel darüber sein, daß die Gesetzgebung von 1868 über die Aufhebung der Schuldhaft mindestens ein ebenso großer rechtspolitischer Fehler war, als die Gestattung der Schuldknechtschaft in den ersten Zeiten der Rechtsentwicklung. „Man darf sich über diese Strenge nicht stärker wundern als über das entgegengesetzte Extrem moderner Gesetzgebung, die es mitunter wie darauf anlegt, ökonomisch ehrlose Gesinnung zu pflanzen." (v. Keller, d. röm. Civ.-Proz. § 83 not. 1037). Einverstanden kann man sein mit dem Prinzipe, daß durch die Zwangsvollstreckung der Schuldner wirtschaftlich nicht ruinirt werden soll, daß ihm die Möglichkeit bleibt, seine Existenz zu erhalten. Einverstanden sind wir auch darin, daß dem unglücklichen Schuldner, dem redlichen Schuldner Nachsicht gewährt wird, aber nicht einverstanden sind wir, daß die Gesetzgebung dem Gläubiger die einzige, historisch bewährte Hand-

habe, den böswilligen unredlichen Schuldner zur Zahlung zu vermögen, — die Schuldhaft — aus der Hand windet.

Wie im römischen Rechte die Wollust und Grausamkeit der Wucherer nach dem Berichte des Livius a. a. O. zu der Milderung der Schuldknechtschaft führte, so war es allein die Freigebung des Wuchers in dem Gesetze vom 14. November 1867 betr. die vertragsmäßigen Zinsen, welche die Aufhebung der Schuldhaft in dem Gesetze vom 29. Mai 1868 zur Folge hatte. Dem Wucherer wollte man nicht außer dem Vermögen noch die Freiheit der ausgesogenen Schuldner opfern. Erkennt man den Fehler jener Gesetzgebung, so wird man sich bereit erklären müssen, auch hierin Änderung zu treffen. Es kann hier auf die kleine Schrift von Schmölder „Zur Wiedereinführung der Schuldhaft" (Köln 1883) verwiesen werden. Die hier gemachten Vorschläge sind so verständig, daß dieselben wahrlich nicht verdienen, einfach todtgeschwiegen zu werden.

Daß dem zahlungsfähigen aber böswilligen, unredlichen Schuldner mit Anfechtungsrechte und dem Strafrechte nicht immer beizukommen ist, weiß jeder Einsichtsvolle aus Erfahrung. Jenes macht erhebliche Kosten, und dieses nützt dem Gläubiger recht wenig. Schließlich riskiert der Schuldner „a klein's Ganterl" und erlebt vielleicht, daß der Konkursrichter, wenn er nicht mindestens ein kleines Vermögen für die Deckung der Konkurskosten vorfindet, den Schuldner gar nicht einmal für „konkursreif" erklärt. Es mag gestattet sein, hier einen von Schmölder a. a. O. wiedererzählte Satire wiederzugeben:

„Was heißt Bankerott? Wenn du Bankerott machen willst, so miethest du dir einen Laden; die Waren erhältst du, indem du an große Kaufleute in fernen Städten schreibst und um solche ersuchst, nach einigen Monaten versprichst du zu zahlen. Wenn du genug Waren erhalten hast, verkaufst du sie oder bringst sie heimlich fort; dann gehst du zum Richter und sagst: „Ich bin bankerott, hier sind fünf Pfund, das ist Alles, was ich habe." Der Richter behält vier Pfund für die Kosten, das eine Pfund erhalten diejenigen,

welche Waren geliefert haben, zur Teilung. Nach einiger Zeit gehst du in eine andere Stadt und fängst das Geschäft von Neuem an."

Man wird entgegnen, ja warum sind die Leute so dumm und kreditieren? Ja, warum giebt es Handel und Wandel, gebaut auf Treue und Redlichkeit? Giebt eine Gesetzgebung, welche nicht die Nachsicht mit der Strenge paart, welche nicht Recht und Unrecht verschiedene Wege gehen heißt, welche den redlichen und böswilligen Schuldner mit gleichem Maße mißt, nicht Raum und Pflanzstätte für ökonomisch ehrlose Gesinnungen, für Untergrabung des redlichen Kredites, für Zerstörung von Handel und Verkehr? Der Gesetzgeber wird sich gewöhnen müssen, scharf zu sehen, er wird sonst nur Schatten und wenig Licht verbreiten. Verschwommenheit herrscht genug! Kein Wunder, daß dem Volke der Rechtssinn abhanden kommt, daß Lüge und Meineid wuchern, wo früher Treu und Glauben herrschten. Videant consules!

§ 10.

Der Aushülfebestimmung des § 779 der C.-Pr.-O.

Aus den bisherigen Erörterungen ersehen wir, daß die Civilprozeßordnung die Personalexekution nur in äußerst beschränkter Weise zur Anwendung bringt. Giebt es Mittel, durch deren Anwendung die Personalexekution vermieden werden kann, so greift das Gesetz zu diesen Mitteln. Ein solches Mittel gewährt der C.-Pr.-O § 779:*)

---

*) Zur Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen mag bemerkt werden, daß der zweite Satz des ersten Absatzes von der Reichstagsjustizkommission eingesetzt ist. Im Übrigen ist der Paragraph aus dem Norddeutschen Entwurf (§ 1059) entnommen, und wird in den Protokollen dazu (pag. 2063) auf den Hypothekenverkehr, für welchen diese Bestimmung vorzugsweise wichtig sein wird, verwiesen. Der Preuß. Entwurf kannte eine solche Bestimmung nicht, vielmehr besagt der § 1037 Abs. 2 desselben, daß die Vollstreckung des Urteils, welches auf Eintragung oder Löschung im Hypothekenbuche geht, nach Maßgabe der Vorschriften, welche für die Zwangs-

Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist.

Die Vorschrift des ersten Absatzes kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung.

Es sind zunächst Bedeutung und Tragweite des Gesetzes zu bestimmen. Dabei bedarf der 2. Absatz keiner besonderen Erläuterung, da der legislative Grund sich ohne weiteres ergiebt.

Im übrigen ist schon oben pag. 30 fg. darauf hingewiesen, daß es sich lediglich um die Verurteilung*) zur Abgabe einer Willenserklärung handelt, ist der Schuldner zu einem Mehreren verpflichtet, so findet diese Bestimmung jedenfalls bezüglich des Mehreren nicht Anwendung.

Willenserklärungen können nun entweder schriftlich oder mündlich abgegeben werden. Ist der Schuldner gerade zu der Abgabe einer schriftlichen Erklärung verurteilt, so liegt hierin mehr, es handelt sich außer um Abgabe der Erklärung noch um eine unvertretbare Handlung, es findet also § 774 und nicht § 779 Anwendung. Ist also z. B. nach § 129 der Gewerbe-O. der Lehrherr verurteilt, dem Lehrling ein den Erfordernissen dieses Gesetzes entsprechendes Zeugnis auszustellen, so ist offenbar § 779 nicht anwendbar. Für die Anwendung dieses Gesetzes entscheidet also lediglich der konkrete Fall und es kann dem Gläubiger dann, wenn derselbe nach Inhalt des Urteils einen Anspruch darauf hat, daß die Willens-

---

vollstreckung in das unbewegliche Vermögen mittels Eintragung in das Hypothekenbuch gelten, erfolgt. — Über das Meckl. Recht, vgl. Meckl. Ztschr. f. Rechtspflege, Bd. II. pag. 340 flgg. —

*) Daß nur bei dem rechtskräftigen also nicht bei dem blos für vorläufig vollstreckbar erklärten Titel, welches ein Endurteil ist, diese Bestimmung anwendbar ist, ergiebt die Fassung des Gesetzes ohne weiteres.

erklärung gerade schriftlich vollzogen wird, auch die Hülfe aus § 774 nicht versagt werden.*)

Im übrigen jedoch kommt es für die Anwendung des § 779 nicht darauf an, ob die Willenserklärung eine besondere Form, ob sie vor Gericht, vor einer anderen Behörde oder vor dem Notar abzugeben ist. Die Willenserklärung gilt eben in derjenigen Form und an der Stelle für abgegeben, wie und wo sie abgegeben werden muß.**)

Ist die Willenserklärung vor einer Behörde oder einem Beamten abzugeben, so hat sich die Partei unter Einreichung des Urteils — nachdem von dem Gerichtsschreiber für dasselbe das Zeugnis der Rechtskraft erteilt ist (C.-Pr.-O. § 646) und im Falle des zweiten Satzes des ersten Absatzes des § 779, außerdem die Ausfertigung des Urteils auf Anordnung des Vorsitzenden mit der Vollstreckungsklausel (C.-Pr.-O. § 666)***) versehen ist — direkt an die betr. Behörde zu wenden. Diese hat zu prüfen, ob die Erklärung, zu deren Abgabe der Beklagte verurteilt, zur Vornahme des beantragten Aktes genügt, und hat die Behörde es bei der Prüfung dieser Frage so anzusehen, als wenn die Erklärung vor ihr abgegeben wäre.

Hiernach wird sich die Anwendung auch in Grundbuch- und Hypothekensachen leicht machen. Handelt es sich

---

*) Weiter will auch wohl Endemann, C.-Pr. III. pag. 331 not. 2 nichts sagen, und scheint mir deshalb der Widerspruch von Gaupp, Komm. ad § 779 sub I., 2 hiergegen unzutreffend.

**) Das wird indirekt durch den Abs. 2 des § 779 bewiesen, denn die Eheschließung ist gewiß an eine bestimmte Form und vor eine bestimmte Behörde verwiesen. Wenn es also für diese Erklärung eine bes. Ausnahmebestimmung bedurfte, so bestimmt sich darnach die Regel für die nicht ausgenommenen Fälle. Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

***) Vgl. Gaupp, Komm. z. C.-Pr.-O. Bd. III pag. 427 sub III., auch Wach, Vorträge über die C.-Pr.-O. pag. 237. Zu verwerfen ist entschieden die Ansicht von Seuffert (Komm. pag. 790 sub 2), welcher diese Bestimmung, weil dieselbe mit den Motiven und den Komm.-Protokollen nicht in Einklang zu bringen ist, streichen will. Da fragen wir doch mit Recht: Sind die Motive oder die Prozeßordnung das Gesetz?

1) um die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger das Eigentum eines Grundstücks aufzulassen, so wird die Vorlage eines rechtskräftigen Urteils, wonach der Kläger zur Abgabe der erforderlichen Erklärung verurteilt ist, genügen, um die Verlassung auf den dieselbe begehrenden Kläger vorzunehmen.

2) Wo nach den Hypothekenordnungen neue Eintragungen von Rechten nur auf Antrag des Eigentümers erfolgen, also das Consensprinzip*) durchgeführt ist, bedarf es dieses Antrages nicht, wenn der Eigentümer zur Stellung des Antrags verurteilt ist.

3) Gehört zur Tilgung eines Eintrages in einem Grund- oder Hypothekenbuche, daß der Berechtigte zu der Tilgung seine Zustimmung giebt,**) so gilt die Zustimmungserklärung als abgegeben, wenn der Beklagte zur Abgabe derselben verurteilt ist.

§ 11.

Die Interessenforderung nach C.-P.-O. § 778.

Mit den vorstehenden Erörterungen würde die Lehre von den Mitteln der Zwangsvollstreckung erschöpft sein. Wie wir schon Gelegenheit hatten, vom rechtspolitischen Standpunkte aus die Ausreichlichkeit dieser Mittel zu bezweifeln, so bedarf es jetzt nur noch der Bemerkung, daß in manchen Fällen mit dem abgeschlossenen Systeme innerhalb der vom Gesetze eng gezogenen Grenze der Zwang aufhört, die obsiegende Partei also — wenn sie mit Mühe und Kosten ein obsiegliches Urteil erreicht — doch gegenüber dem renitenten Schuldner vom Gesetze hülflos gelassen wird.

Hier ist nun freilich anzuerkennen, daß es wirklich Fälle giebt, wo höhere Rücksichten den Zwang ausschließen, verbieten, wie im Falle des § 774 Abs. 2 der C.-P.-O. — Freilich sollte man hier erwarten, daß das Gesetz auch Ansprüche, welche nicht zwangsweise durchgeführt werden können, nicht als klagbare

---

*) Vgl. Meibom, Meckl. Hyp.-Recht pag. 123.

**) Vgl. Meibom a. a. O. pag. 279 not. 26.

gelten lassen sollte, und mag dann dieser Gesichtspunkt auch demnächst bei der Abfassung des Civilrechts zur Geltung kommen. Die Civilprozeßordnung schließt aber auch da, wo solche Gesichtspunkte nicht zur Geltung kommen, den direkten Zwang aus, wie wir bereits gesehen haben, und verweist den Gläubiger damit lediglich auf seinen Anspruch auf Leistung des Interesse, den dann die Prozeßordnung, wie sie ausdrücklich im § 778 versichert, dem Gläubiger nicht nehmen will. Hierbei ist aber wohl zu beachten, daß das Gesetz in denjenigen Fällen der Personalexekution, in welchen der direkte Zwang für unzulässig erklärt ist, nämlich dann, wenn die Leistung vertretbar ist (C.-P.-O. § 773), und dann, wenn die Leistung nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist (C.-P.-O. § 774), nicht etwa eine Interessenforderung unter allen Umständen eintreten läßt, sondern dieselbe nur dann gelten läßt, wenn sie bereits nach den Grundsätzen des Civilrechts begründet erscheint. Aus der Fassung des

> § 778: Durch die Bestimmungen dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesse zu verlangen.
>
> Den Anspruch auf Leistung des Interesse hat der Gläubiger im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz geltend zu machen

folgt das ohne weiteres, weil hier das Recht des Gläubigers bereits als vorhanden vorausgesetzt wird.

Vorausgesetzt ist im Gesetze, daß ein vollstreckbarer Schuldtitel auf eine Leistung vorliegt, welche die Herausgabe einer Sache oder eine Handlung oder Unterlassung des Schuldners — abgesehen von Zahlung einer Geldschuld — zum Inhalte hat. So lange nun diese Leistung selbst noch möglich ist, gewährt das gemeine Recht keinen Anspruch auf Interesse anstatt der ursprünglichen Leistung, sondern eventuell nur einen solchen wegen nicht ordnungsmäßiger, insbesondere auch nicht rechtzeitiger Leistung. Dieses Interesse kann sich mit jenem decken, besteht aber in der Regel neben dem Anspruche auf Erfüllung. Daß auch das Interesse wegen nicht ordnungsmäßiger Erfüllung im

letzteren Falle von § 778 der C.=P.=O. ergriffen wird, kann nicht zweifelhaft sein.

Ebenso liegt die Sache, wenn dem Schuldner die ursprüngliche Leistung durch seine Schuld oder durch einen von ihm zu prästirenden Zufall unmöglich geworden ist.

Ist aber die ursprüngliche Leistung noch möglich, so giebt es nach gemeinem Rechte in der Regel keinen Anspruch auf Leistung des Interesse statt des Anspruchs auf Leistung des ursprünglich geforderten Gegenstandes, dann ist der Gläubiger dem Ungehorsam des Schuldners gegenüber, wenn die Nichtleistung lediglich auf den Willen des Schuldners zurückgeführt wird, auf die Zwangsmittel des § 774 der C.=P.=O. beschränkt, und hängt die Erfüllung nicht lediglich vom Schuldner ab, so ist der Gläubiger, wenn nicht die Voraussetzungen der §§ 769 bis 773 zutreffen, schutzlos. Der Versuch der Motive, diese Beschränkung zu rechtfertigen, ist bereits oben pag. 27 kritisiert. Der Gläubiger hat mit dem Gesetze zu rechnen, und mag sich durch andere Mittel die Erfüllung von derartigen Verbindlichkeiten sicher stellen lassen, namentlich von vorneherein in solchen Fällen sein Interesse durch Konventionalpön feststellen lassen, anders wird er dem böswilligen Schuldner nicht begegnen können.

Drittes Kapitel.

Die Einreden des Schuldners im Zwangsvollstreckungsverfahren.

§ 12.

Allgemeine Übersicht.

Unter den Einreden in der Exekutionsinstanz verstehen wir nicht diejenigen Einwendungen, welche vom Schuldner oder dritten Personen gemäß § 685 der C.=P.=O. gegen das vom

Vollstreckungsbeamten beobachtete Verfahren erhoben werden. Diese Einwendungen gehören zu dem prozessualischen Rügerecht, und ist von demselben im allgemeinen schon gesprochen, das Besondere ergiebt sich aus den Erörterungen im zweiten Abschnitte. Sie gehören vor das Vollstreckungsgericht.

Ebenso wenig gehört hierher die Widerspruchsklage aus § 690 der C.-P.-O., worüber in einem folgenden Kapitel besonders gesprochen werden wird.

Die hier zu besprechenden Einreden sind Einreden des Schuldners (nicht auch Einwendungen dritter Personen), welche diesem gegen die prozessualische Zulässigkeit der Vollstreckung zustehen, oder es sind die sog. neuen Einreden, d. h. diejenigen Einreden, welche für den Schuldner erst in der Exekutionsinstanz entstanden sind, und deshalb auch erst jetzt vorgeschützt werden können. Einer besonderen Beachtung bedarf dann noch die den Erben zustehende Rechtswohlthat des Inventars. Diese Einreden gehören vor das Prozeßgericht, für die materiellen Einreden ist das ohne Weiteres klar, aber auch für die prozeßrechtlichen Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel kann nichts anderes gelten, weil, wie wir bereits oben gesehen haben, die Prozeßordnung die definitive Entscheidung darüber, ob ein Urteil vollstreckbar ist oder nicht, nicht an das Vollstreckungsgericht sondern an das Prozeßgericht verwiesen hat. — Die Einwendungen gegen die Erteilung der Klausel sind nun in der Regel einfacher Natur. Die Frage, ob die Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit eines Urteils vorliegt oder nicht, bietet so wenig Schwierigkeiten, daß die Prozeßordnung es für ausreichend erachtet, wenn der Gerichtsschreiber darüber auf Grund der Akten entscheidet. Fühlt sich der Schuldner beschwert, so entscheidet das Prozeßgericht nach Maßgabe des § 668, nur in den Ausnahmefällen der §§ 664 und 665 (vgl. darüber oben § 4 sub 1 und 2) ist dem Schuldner unbeschadet seines Beschwerderechtes aus § 668 noch ein anderer Weg freigelassen, er kann daneben, wenn er das Vorhandensein der Voraussetzungen dieser Paragraphen bestreitet, das Nichtvorhandensein in derselben Weise wie die neuen materiellen Ein-

reden im ordentlichen Wege Rechtens verfolgen. Über diese Einreden ist zunächst im folgenden Paragraphen zu handeln, vorher ist jedoch noch der Fall zu besprechen, wie sich die Lage des Schuldners gestaltet, welcher im gegebenen Falle nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit einem bestimmten Teile seines Vermögens haftet, wie der Grundschuldner mit dem Grundstücke.*) Die Frage, ob der Schuldner nur beschränkt haftet, wird von der Civilprozeßordnung nicht in die Exekutionsinstanz verwiesen, obgleich die Frage dorthin gehören dürfte. Es muß also der Schuldner seine desfallsigen Rechte vor dem Total geltend machen, und hat er das unterlassen, so kann er solches zufolge des unten § 14 näher zu erläuternden Prinzips der Präklusion der früher entstandenen Einreden in der Exekutionsinstanz nicht mehr, er hat also die Wohlthat der beschränkten Haftung verloren, und ist dem vollen Zwangsvollstreckungsrechte des Gläubigers unterworfen.

§ 13.

Die Einreden gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel.

Diese Einreden sind entnommen entweder aus dem Inhalte des Urteils oder sie berühren Aktiv- und Passivlegitimation des Antragstellers und des Exequendus. — Der erste Fall ist im § 664, der andere im § 665 der C.-P.-O. behandelt. Für beide Fälle bestimmt § 687, daß der Schuldner diese Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel im Wege der Klage beim Prozeßgerichte erster Instanz geltend machen kann.

Vorausgesetzt ist jedoch hier, daß nicht bereits nach Maßgabe des § 667 vom Gläubiger Klage erhoben und die Zulässigkeit der Vollstreckbarkeit rechtskräftig entschieden ist. Dem Schuldner würde in diesem Falle die exceptio rei judicatae entgegenstehen.

---

*) Vgl. über die beschränkte Haftung die bezügliche Abhandlung von Ehrenberg, Jena 1880.

Vorausgesetzt ist also, daß die Vollstreckungsklausel ohne ein nach § 667 ergangenes Urteil nach Vorschrift des § 666 der C.-P.-O. erteilt ist.

Der Schuldner muß in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er auf Grund von §§ 664, 665 zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande ist. (§§ 687, 686 Abs. 3).

§ 14.

Die Einreden gegen den Anspruch.

Die Prozeßordnung geht von dem Grundsatze aus, daß dem Beklagten auch in der Exekutionsinstanz unbenommen bleibt, etwaige neue Einreden gegen den Anspruch vorzubringen. Sie beschränkt den Umfang dieser Einreden in keiner Weise, läßt vielmehr alle erdenklichen Einreden zu, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Gründe, auf denen diese Einreden beruhen, nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen der Prozeßordnung spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Es müssen also die Gründe, auf welchen die Einrede beruht, erst in einem solchen Zeitraum entstanden sein, daß sie in dem Verfahren vor dem Urteile nicht geltend gemacht werden konnten. Waren die Einreden hier schon geltend gemacht, aber nach Vorschrift der §§ 252, 502 u. 562 zurückgewiesen, so sind dieselben in der Exekutionsinstanz ebenso unstatthaft, wie wenn sie in demselben Zeitraume entstanden sind, aber dem Beklagten nicht bekannt waren. Die Entstehung der Einreden nach der Präklusion in dem dem Urteile voraufgehenden Verfahren ist also erste Bedingung für die Zulassung der Einrede in der Exekutionsinstanz. Damit ist also die im gemeinen Prozeßrechte zulässige Restitution der gegen die ursprüngliche Klage begrün-

beten, aber aus Unkenntnis resp. Versehen des Vertreters nicht vorgeschützten Einreden in der Exekutionsinstanz,

vgl. Wetzell Civilprozeß III. Aufl. § 47 not. 122 pag. 601

ausgeschlossen, ebenso ist aber die ohne solche Restitution nach gemeinem Rechte noch in der Exekutions-Instanz zulässige Vorschützung besonderer Einreden, z. B. der exc. S. C. Vellejani und exc. S. C. Macedoniani beseitigt,

vgl. Wetzell a. a. O. not. 123.

Diese Einreden müssen jetzt immer im ersten Verfahren vorgeschützt werden, ebenso das beneficium competentiae,

vgl. Windscheid Lehrbuch II § 268 not. 6,

wenn dasselbe schon damals begründet war.

In dem bezeichneten Sinne nennen wir die so spät entstandenen Einreden neue Einreden. Diese neuen Einreden können aber nur dann in der Exekutionsinstanz erhoben werden, wenn dieselben nicht mehr durch Einspruch geltend gemacht werden können. Dies trifft aber nur dann zu, wenn sie vor Ablauf der Einspruchsfrist so zeitig entstanden sind, daß der Beklagte den Einspruch noch erheben kann. Konnte der Beklagte diese Einreden im Wege des Einspruchs verfolgen, unterließ er dies jedoch, sei es geflissentlich oder in Unkenntnis, so kann er auch die Einreden nicht mehr in der Exekutionsinstanz verfolgen. Eine andere Auffassung des Gesetzes ist bei der konsequenten Durchführung des in demselben enthaltenen soeben dargelegten Principes, welches in dem gegen den Beklagten gerichteten indirekten durch Abschneidung der Restitution verstärkten Zwange, seine Einreden in dem Verfahren vor dem Urteile vorzuschützen, gipfelt, nicht möglich.

Unter der soeben bezeichneten Voraussetzung können aber in der Exekutionsinstanz alle neuen Einreden geltend gemacht werden. — Darneben steht es dem Beklagten frei, — wenn das Urteil ein in erster Instanz gesprochenes kontradiktorisches Endurteil mit vorläufiger Vollstreckbarkeit ist — diese Einreden auch in der Berufungsinstanz zu verfolgen. Seinem Interesse wird jedoch mehr die Verfolgung in der Exekutionsinstanz vor dem Prozeß-

gerichte I. Instanz entsprechen, es sei denn, daß er schon aus einem anderen Grunde die Berufung einlegen müßte.

Diese neuen Einreden muß der Schuldner — wenn er zur Zeit der Geltendmachung auch nur einer Einrede dazu im Stande war — sämtlich in einem Verfahren geltend machen. Die Konsequenz führte auch hier wieder zu dem Prinzipe der Präklusion unter Ausschluß der Restitution (C.-Pr.-O. § 686 Abs. 3). Dagegen ist hier in Betracht zu ziehen, ob der Schuldner die Einreden kannte. Kannte er sie damals noch nicht, so „war" er auch nicht „im Stande", die Einreden damals geltend zu machen. Er kann diese sowie andere noch später entstandenen Einreden in derselben Weise und unter der gleichen Beschränkung der Bestimmung im Abs. 3 des § 686 später noch geltend machen. Derselbe Weg kann wiederholt eingeschlagen werden.

Ist der vollstreckbare Schuldtitel ein Vollstreckungsbefehl (im Mahnverfahren), so ist für die Zulassung neuer Einreden der Zeitpunkt der Zustellung des Vollstreckungsbefehles maßgebend. Vorher entstandene Einreden muß der Schuldner sich durch Einspruch sichern. Dagegen kommt es nach der Zustellung des Vollstreckungsbefehles nicht mehr darauf an, ob die Einrede durch Einspruch noch geltend gemacht werden kann oder nicht. (C.-Pr.-O. § 704 Abs. 2.)

Ist der vollstreckbare Schuldtitel eine gerichtliche oder notarielle Urkunde (C.-Pr.-O. § 701 nr. 5), so ist die Zulassung von Einreden in der Exekutionsinstanz durch die Entstehungszeit derselben nicht beschränkt. (C.-Pr.-O. § 705 Abs. 4.)

§ 15.

Insbesondere von der Rechtswohlthat des Inventars.

Wir unterscheiden 2 Fälle: nämlich den Fall, wenn der Verklagte (im Hauptverfahren) als Erbe des ursprünglichen Schuldners belangt ist, von dem Falle, wenn der Schuldner nach ergangenem Zwangsvollstreckungstitel stirbt und nunmehr die Zwangsvollstreckung gegen den Erben beginnen soll.

Der erste Fall gehört nur insofern hierher, als darauf hinzuweisen ist, daß der Erbe die Rechtswohlthat des Inventars immer im Hauptverfahren einredeweise geltend machen muß. Unterläßt er dieses, so ist dieselbe für die Exekutionsinstanz abgeschnitten. Dagegen braucht der Richter über diese Einrede im ersten Verfahren nicht zu erkennen, er kann die Entscheidung der Exekutionsinstanz vorbehalten. Nur wenn die Einrede vorbehalten ist, kann der Erbe solche in der Exekutionsinstanz (C.-Pr.-O. § 696 Abs. 1) weiter verfolgen. Der erste Richter kann jedoch auch über die vom Beklagten vorgeschützte Rechtswohlthat des Inventars erkennen. Findet er dieselbe nicht begründet, so verurteilt er den Beklagten ohne Vorbehalt, findet er dieselbe begründet, so hat er — falls sich nicht etwa die Abweisung der Klage aus dem Grunde vernotwendigt, weil der Beklagte die Erbschaftsmasse schon zur Verteilung an die Gläubiger im Wege des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens oder des Konkursverfahrens verwendet resp. weggegeben hat — den Beklagten nur als Beneficialerben zu verteilen. In beiden Fällen bleibt die Rechtswohlthat des Inventars solange unberücksichtigt, als nicht der Beklagte in der Exekutionsinstanz auf Grund des beneficii Einwendungen erhebt. (C.-Pr.-O. § 696 Abs. 1.)

2) Ist der Erblasser verurteilt resp. gegen diesen ein Zwangsvollstreckungstitel ergangen, so kann gegen den Erben die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn gegen denselben nach §§ 665, 666 die Vollstreckungsklausel erteilt ist. In diesem Falle ist der Erbe gleichfalls gehalten, die aus der Inventarserrichtung ihm zustehenden Rechtswohlthaten in der Exekutionsinstanz geltend zu machen (C.-Pr.-O. § 696 Abs. 1).

Gemeinrechtlich verschafft das beneficium inventarii dem Erben folgende Wohlthaten:

a) es beschränkt seine Haftung auf den Vermögensstand der Erbschaft. Ist die Erbschaft erschöpft, so wird der Erbe frei. Bis dahin kann er Gläubiger und Vermächtnisnehmer, welche sich melden und andrängen, befriedigen, auch zu solchem Zwecke die Erbschaft versilbern;

b) während der Inventarisationsfrist kann er als Erbe durch persönliche oder Pfandklagen nicht behelligt werden.

Der Beneficialerbe nun, mag er als solcher verurteilt, sein beneficium also schon anerkannt sein — oder mag er unter Vorbehalt des beneficii verurteilt sein — in welchem Falle er zunächst noch in der Exekutionsinstanz diese Rechtswohlthat sich zu erstreiten hat — oder mag gegen ihn die Vollstreckungsklausel gemäß § 665 der C.-Pr.-O. erlassen sein — muß seine Einwendungen, wenn in der Exekutionsinstanz durch einen Vollstreckungsakt etwas von ihm begehrt werden würde, was den oben bezeichneten Folgen widerspräche, im Wege der Klage nach § 686 oder der einstweiligen Anordnung nach § 688 C.-Pr.-O. verfolgen (C.-Pr.-O. § 696 Abs. 2 u. 3) — hierbei ist, worauf die Motive z. Entw. d. C.-Pr.-O. mit Recht aufmerksam machen, darauf hinzuweisen, daß nicht die Ansicht Platz greifen darf, daß ohne weiteres nur die zum Nachlasse gehörigen Sachen angegriffen werden können, daß vielmehr das Recht des Benefizialerben, alle Gegenstände des Nachlasses zu veräußern, zu der entgegengesetzten Maßregel führt, die Vollstreckung unbeschränkt zuzulassen. Der Erbe würde sonst durch bloße Veräußerung der Nachlaßgegenstände die Vollstreckung bis zu einer neuen Verurteilung unmöglich machen, während er nicht bloß mit dem Nachlasse (rect. Nachlaßgegenständen) sondern bis auf Höhe desselben verhaftet ist. Ob er im Verfolge des Vollstreckungsaktes mehr als dieses leisten würde, muß gerade in der neuen Klage festgestellt werden, und demgemäß event. die Zwangsvollstreckung aufgehoben resp. auf einen bestimmten Betrag beschränkt werden.

§ 16.

Der Einredenanspruch.

Alle in den vorstehenden Paragraphen behandelten Einreden werden im Wege der Klage geltend gemacht (§ 686). Die Klage ist keine materiellrechtliche, da bloße Einredethatsachen ein Klagerecht nicht zu erzeugen vermögen. Von diesem Standpunkt aus betrachtet würde man die Klage nur als prozessualische

Form für die Wiederaufnahme des Prozesses auf Grund neuer Einreden betrachten können und ihr Ziel in der Wiederaufhebung des Urteils und Fällung eines neuen Urteils an Stelle des wiederaufgehobenen erblicken müssen. Die Klage würde damit zu einem Rechtsmittel resp. zu einer Restitutionsklage oder Nichtigkeitsklage werden. Daß das die Meinung der Prozeßordnung nicht ist, ergiebt sich ohne weiteres aus der Stellung im Gesetze. Die Klage kann aber auch die Rechtsbeständigkeit des Urteils nicht anfechten; denn neue Thatsachen vermögen ein bereits rechtskräftiges Urteil nicht aufzuheben — es besteht dieses Urteil an sich vollständig zu Recht — sie können sich nur gegen die fernere Wirksamkeit dieses Urteils richten.

Die Wirkung des Urteils und damit eines jeden vollstreckbaren Schuldtitels ist aber das Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers. Die Klage ist also gerichtet gegen dieses Recht und bezweckt, die *Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der erteilten Vollstreckungsklausel durch Urteil festzustellen*, und zwar entweder

a) weil der betreibende Gläubiger als Rechtsnachfolger des ersten Gläubigers nicht legitimiert ist (C.-Pr.-O. § 687, 665), oder

b) weil der als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Schuldners jetzt in Anspruch genommene Schuldner die Thatsache der Rechtsnachfolge bestreitet (C.-Pr.-O. §§ 687, 665), oder

c) weil der als Erbe des ursprünglichen Schuldners belangte oder nachträglich in Anspruch genommene Schuldner nicht mehr oder doch nur in einem bestimmten Umfang haftet (C.-Pr.-O. § 696), oder

d) weil die urteilsmäßigen Bedingungen für die Zwangsvollstreckung noch nicht eingetreten sind (C.-Pr.-O. § 697 und 664), oder endlich

e) weil der Schuldner nachträglich befreit ist (C.-Pr.-O. § 686).

Liegt eine dieser Thatsachen vor, so bleibt das Urteil an sich davon vollständig unberührt, nur die Zwangsvollstreckung darf nicht stattfinden. Daraus ergiebt sich, wie die Klage zu

begründen ist und wie der Antrag lauten muß. (C.-Pr.-O. § 230 nr. 2.)

Der im Wege der Klage zu verfolgende prozeßrechtliche Anspruch auf Beseitigung des vom Beklagten beanspruchten Zwangsvollstreckungsrechtes ist entstanden (actio nata), wenn die Voraussetzungen des § 671 d. C.-Pr.-O. vorliegen.

Dann sind die Personen des Klägers und des Beklagten festgestellt und aus der erfolgten Zustellung entnimmt der Schuldner, daß der Gläubiger zur Zwangsvollstreckung schreiten wird. Mit dieser Zustellung beginnt die Zwangsvollstreckungsinstanz. Daß aber die Instanz nicht auch schon ein Zwangsvollstreckungsakt begonnen hat, genügt für die Zulässigkeit der Klage an sich. Eine andere Frage bleibt immer, ob der Kläger damit allein schon genügende Veranlassung zur Klage hatte (C.-Pr.-O. § 89), eine Frage, welche im einzelnen Falle nach den Umständen desselben zu entscheiden ist.

Der Anspruch begehrt vom Richter einen Ausspruch darüber, daß die Zwangsvollstreckung aus dem vollstreckbaren Titel resp. auf Grund der erteilten Klausel unzulässig ist. Das ergehende Urteil hat diese Frage zu bejahen oder zu verneinen. Im letzteren Falle hat das Urteil auf Beginn und Fortsetzung des Verfahrens keinen Einfluß. Im ersteren Fall spricht das Urteil entweder aus, daß die Zwangsvollstreckung aus der erteilten Klausel (C.-Pr.-O. § 687) oder aus dem Schuldtitel überhaupt (C.-Pr.-O. §§ 686, 696) unzulässig ist. Im letzteren Falle wirkt die Rechtskraft des Urteils gegen jede neue — z. B. für einen anderen Rechtsnachfolger — erteilte Klausel, im ersteren Falle nur gegen den in der Klausel genannten Gläubiger resp. dessen Rechtsnachfolger und nur gegen den Inhalt dieser Klausel. Die Erneuerung der Klausel auf Grund anderer Thatsachen ist nicht ausgeschlossen.

Wie aber bestimmt sich die Wirkung des Urteils, wenn inzwischen die Zwangsvollstreckung durchgeführt und der Gläubiger befriedigt ist. In solchem Falle muß der Kläger nach § 240 Abs. 3 der C.-Pr.-O. anstatt seiner ursprünglichen Forderung

dasjenige, was der Beklagte aus der Zwangsvollstreckung erhalten hat, fordern. Ist durch Urteil festgestellt, daß der Beklagte aus dem Titel resp. aus der Klausel ein Vollstreckungsrecht nicht hatte, so ist der Beklagte aus dem Verfahren ohne Grund bereichert, und er ist auf Antrag des Klägers zu verurteilen, die Bereicherung herauszugeben.

Viertes Kapitel.

Der Widerspruch Dritter gegen die Zwangsvollstreckung.

§ 17.

Die Widerspruchsklage.

C.-Pr.-O. § 690: „Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt. —

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln finden die Vorschriften der §§ 688 und 689 entsprechende Anwendung. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig."

steht im I. Abschnitte des VIII. Buches des Gesetzes unter den allgemeinen Bestimmungen für die Zwangsvollstreckung und

ist damit schon angedeutet, daß diese Vorschrift für alle Arten der Zwangsvollstreckung gelten soll.

Es ist nun zunächst festzustellen, was unter „Gegenstand der Zwangsvollstreckung" zu verstehen ist. Man muß unterscheiden zwischen der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen und der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen; denn auf diese beiden Fälle beschränkt sich der Natur der Sache nach das Gebiet der Klage. Im letzteren Falle sind die herauszugebenden beweglichen und unbeweglichen Sachen (C.-P.-O. §§ 769—775) resp. der Anspruch des Schuldners gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe (C.-Pr.-O. §§ 772) Gegenstand der Zwangsvollstreckung. Dabei mag bemerkt werden, daß die Motive zum Entwurfe einer Reichs-Civil-Prozeß-Ordnung ausdrücklich darauf verweisen, daß auch dieser Fall unter die Widerspruchsklage fällt, und daß als Grund dafür angeführt wird, daß die nach § 61 der C.-Pr.-O. zulässige Hauptintervention ausgeschlossen ist, sobald das Urteil im Hauptprozesse die Rechtskraft beschritten hat. Daraus folgt dann weiter, daß die Widerspruchsklage dann, wenn das noch nicht rechtskräftige Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, neben der Hauptintervention erhoben werden kann.

Im ersteren Falle (Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen) ist das Vermögen des Schuldners, soweit es bewegliche und unbewegliche Sachen, Forderungen und andere Vermögensrechte umfaßt, nach den Erörterungen im zweiten Kapitel Gegenstand der Zwangsvollstreckung. Die Prozeßordnung vermeidet es dabei mit einer gewissen Ängstlichkeit irgend eine positive Grenze zu ziehen, sie spricht nicht einmal, wie die Konk.-Ordnung § 1 von dem dem Schuldner gehörigen Vermögen, sie stellt nur bestimmte Ausnahmen auf, deren Nichtbeachtung seitens der Vollstreckungsorgane dem Schuldner ein Beschwerderecht geben. Das gleiche Recht der Beschwerde steht dritten Personen zu, wenn der Gerichtsvollzieher das im Gewahrsam dieser Personen befindliche Vermögen des Schuldners pfänden würde. Ob aber eine Sache sich im Gewahrsam des Schuldners oder eines Dritten befindet, ist quaestio facti. Unter Ge-

wahrsam ist hier dasselbe verstanden, was darunter im Strafrechte in der Lehre vom Diebstahl verstanden wird.*) Wird der Gewahrsam des Dritten von den Behörden im Zwangsvollstreckungsverfahren auch im Beschwerdewege als vorhanden nicht anerkannt, so bleibt dem etwa doch Verletzten nur der Weg der Widerspruchsklage.

Dem Dritten nun, welcher der Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung wegen Verletzung seiner materiellen Rechte widersprechen**) will, muß an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehen. Es ist zunächst die Bedeutung dieses Wortes zu erläutern. Man könnte auf den ersten Blick meinen, es sei hier ein Recht vorausgesetzt, kraft dessen der Widerspruchskläger dem betreibenden Gläubiger die Veräußerung der verstrickten Sache zu verbieten in der Lage sei; man stellt sich dann die Sache etwa so vor, daß man sich den Gläubiger — den Beklagten — als Besitzer der Sache denkt, und nunmehr den Kläger gegen den Beklagten den etwaigen civilrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der Sache, z. B. die reivindicatio, anstellen läßt. Abgesehen von anderen Gründen, deren Vorbringung noch vorbehalten bleibt, ist dies schon deshalb nicht richtig, weil das auf den Fall der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer Sache nicht passen würde, da in diesem Falle der Gläubiger die Sache nicht veräußern sondern haben will. Es ist also unter dem die Veräußerung hindernden Rechte ein solches Recht zu verstehen, welches geeignet ist, eine vom Schuldner beabsichtigte Veräußerung zu hindern und zwar gerade deshalb zu hindern, weil im Verhältnisse des Widersprechenden und des Schuldners zu einander der erstere — soweit es sich um die Veräußerungsbefugnis handelt — als der

*) Vgl. hierüber sowie über die einzelnen in der Theorie und Praxis streitigen Punkte: Olshausen, die Einsprüche Dritter in der Exekut.-Instanz. Berlin, 1874, pag. 31 ff.

**) „Widerspruch." Es wird dieses Wort als terminus technicus für ein prozessualisches Hülfsmittel weiter gebraucht in den §§ 562, 634, 762 ff., 781 und 804 ff. der C.-Pr.-O.

besser Berechtigte, als derjenige erscheint, zu dessen Vermögen resp. zu dessen ausschließlicher Verfügung in rechtlicher oder thatsächlicher Beziehung die Sache steht. Durch die Widerspruchsklage und das darauf ergehende Urteil wird also der Eintritt der dem Akte der Zwangsvollstreckung vom Rechte beigelegten Wirkung verhindert. Dies allein ist der Zweck, die causa der Widerspruchsklage. Nicht die Frage, ob dem Widersprechenden jenes materielle Recht zusteht, wird im Prozesse entschieden, sondern die Frage, ob wegen jenes materiellen Rechts der Akt der Zwangsvollstreckung für wirksam oder unwirksam zu halten ist. Jenes materielle Recht ist nur die conditio sine qua non, nicht die causa efficiens des Widerspruchsrechts,*) nur diese, nicht jene wird in judicium deduziert, die Rechtskraft des Urteils ergreift nur das bedingte, nicht das bedingende Rechtsverhältnis, nicht die gepfändete resp. vom Gerichtsvollzieher weggenommene Sache ist im Streite befangen, sondern das Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers ist Gegenstand des Rechtsstreites, dieses wird vom Kläger verneint. Wäre das erstere der Fall, dann würde die notwendige Folge sein, daß § 236 Abs. 3 der C.-Pr.-O. auch hier zur Anwendung kommen mußte, man wird dies nicht behaupten wollen.**) Es ist in diesem Falle das Eigentum, das dingliche Recht, die possessio so wenig Gegenstand des Rechtsstreits, wie wenn diese Berechtigten auf Grund der lex Aquilia Schadenersatzansprüche geltend machen. Dies übersehen die Verfasser der Artikel über Zwangsvollstreckungsintervention in Gruchot's Beiträgen Bd. 23 pag. 497, 830 und Bd. 24 pag. 245. — Wäre die Klage weiter nichts als die Verfolgung des materiellen Rechts des Klägers im Wege der Prinzipalintervention, wie z. B. Kühne in der cit. Abhdlg. in Gruchot's Beiträgen Bd. 23 pag. 497 ff. will, dann hätte es nur einer Zusatzbestimmung zum

*) Vgl. hierüber Wetzell, Civ.-Prozeß III. Aufl. § 16 pag. 154.

**) A. M. anscheinend das O.-L.-G. zu Rostock in d. Entsch. v. 22./6. 1881 bei Seuffert Archiv, Bd. 39 Nr. 173.

§ 61 der C.-Pr.-O. bedurft, der ganze § 690 der C.-Pr.-O. wäre überflüssig gewesen. Die Klage ist also nicht die reivindicatio, die actio negatoria, das possessorische Interdikt — diese Klagen würden bald ihre Dienste versagen, wie das die Abhandlung von Kühne selbst am schlagendsten beweist — sondern es ist ein eigener gegen den Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren gegebener Anspruch desjenigen, in dessen Rechtssphäre das Vollstreckungsorgan auf Antrag des Gläubigers eingedrungen ist; m. a. W. die Widerspruchsklage hat ihre causa im Civilprozeßrechte, sie entnimmt dieselbe nicht dem Civilrechte, sondern dem Prozeßrechte. Nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung sind die Vollstreckungsorgane so berechtigt wie verpflichtet, das gesamte in dem Gewahrsam eines Schuldners befindliche Vermögen der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen ohne weitere Untersuchung darüber, ob die einzelnen Sachen oder Rechte zu dem Vermögen des Schuldners gehören oder nicht, ob der Schuldner darüber verfügen darf oder nicht, ausgenommen allein den Fall, wo ein gesetzliches Veräußerungsverbot vorliegt.*) Wird nun durch einen solchen Zwangsvollstreckungsakt nach den Grundsätzen des Civilrechts in das Vermögen dritter Personen eingegriffen, so muß konsequentermaßen das Prozeßrecht den Dritten gegen seine eigenen Maßnahmen schützen,**) ohne daß der Dritte erst angewiesen wäre, seine Zuflucht zu den civilrechtlichen Klagen zu nehmen, welche ihm außerdem sehr wenig nutzen würden, da hier Recht gegen Recht steht, von einer Rechtsverletzung, einem Unrechte also nicht die Rede sein kann.

Diese Konstruktion der Widerspruchsklage wird nun vollauf bestätigt durch die Bestimmungen der Civilprozeßordnung selbst, durch ihre Geschichte und durch die Motive.

Aus der Geschichte der Civilprozeßordnung ergiebt sich zunächst soviel, daß jedenfalls die Auffassung von Kühne

---

*) Vgl. oben pag. 34 not. *.

**) Schutz des Rechtes gegen die Konsequenzen des Rechtes kommt auch im Civilrechte vor, wie die Lehre von der in integrum restitutio beweiset.

in der cit. Abhandlung, wonach die Widerspruchsklage der in Form der Prinzipialintervention erhobene materiellrechtliche Anspruch des Dritten ist, nicht richtig ist.

Der § 690 der C.-Pr.-O. findet sich bereits im wesentlichen vor im § 687 des Hannover'schen Entwurfes. Die Protokolle der Hannover'schen Kommission (pag. 4261) lassen es unzweifelhaft, daß man diese Bestimmung gerade aufgenommen hat, weil man die allgemeinen Grundsätze über Streitgenossenschaft und Hauptintervention nicht für anwendbar hielt. Der Abs. 2 des § 690 der C.-Pr.-O. wäre beispielsweise vollständig überflüssig, wenn die Widerspruchsklage Hauptintervention wäre, weil dieser Absatz dann selbstverständlich wäre, ja in diesem Falle die Widerspruchsklage notwendig immer gegen beide — Gläubiger und Schuldner — zu richten wäre, was gerade von der Hannoverschen Kommission abgelehnt wurde.

In dem Norddeutschen Entwurfe erscheint dieselbe Bestimmung im § 919, freilich in etwas anderer Gestalt. Hier findet sich noch ein vierter Absatz. Derselbe lautet:

„Die Vorschriften der §§ 96 und 98 bleiben unberührt."

Der § 96 Abs. 2 des Nordd. Entw. aber lautet:

„Die Hauptintervention ist auch nach der rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprozesses so lange zulässig, als die Entscheidung noch nicht vollstreckt ist."

Also Hauptintervention in der Exekutionsinstanz und Widerspruchsklage neben einander! Wäre beides identisch, so wäre der § 919 des Nordd. Entwurfes mindestens überflüssig gewesen. Es müssen dann doch wohl andere als ökonomische Rücksichten in der Anordnung vorhanden gewesen sein (Kühne a. a. O. pag. 504 not.), wenn der Entwurf der Civilprozeßordnung die Widerspruchsklage in der Exekutionsinstanz vollständig getrennt von der Lehre von der Hauptintervention behandelt. Es ergeben sich in der That auch sofort die größten Verschiedenheiten:

1) Die Hauptintervention setzt einen anhängigen Rechtsstreit voraus, also zwei Parteien, welche über eine Sache oder ein Recht streiten (C.-Pr.-O. § 61). In der Exekutionsinstanz giebt es keine Parteien in diesem Sinne, sondern nur einen

betreibenden Gläubiger und einen getriebenen Schuldner. Über die Sache oder das Recht ist bereits zum Nachteile des letzteren entschieden. Ist das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt aber noch nicht rechtskräftig, so ist sowohl Raum für die Hauptintervention als für die Widerspruchsklage, beide können bei verschiedenen Gerichten neben einander angestellt werden, ohne daß der Kläger die Einrede der Rechtshängigkeit zu fürchten braucht.

2) Der Widerspruchskläger in der Exekutionsinstanz nimmt die Sache oder das Recht, welches jetzt zur Zwangsvollstreckung steht, gar nicht für sich in Anspruch, er will weder die Sache haben noch das Recht ausüben, er will nur die Vollstreckung hindern („rem esse dimittendam"), umgekehrt will der Hauptintervenient gerade die Sache oder das Recht, worüber die Parteien streiten, für sich haben und ausüben.

3) Die Hauptintervention richtet sich deshalb notwendig und begrifflich gegen zwei Parteien, sie hat also immer eine Streitgenossenschaft zur Folge, die Widerspruchsklage dagegen ist ihrer Natur nach nur gegen den Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren gerichtet. Nun lautet freilich der Abs. 2 des § 690*)

„Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen."

Damit ist aber nur ausgesprochen, daß dem Kläger unbenommen ist, falls auch der Schuldner das Widerspruchsrecht oder vielmehr den Widerspruchsanspruch bestreitet, die Klage auch gegen diesen zu richten.**) Praktischen Wert hat das freilich für den Kläger gar nicht, er überhebt nur den Schuldner der Mühe, dem Gläubiger in solchem Falle accessorisch zu intervenieren, welches Recht der Schuldner gemeinrechtlich hatte, um so dem Gläubiger in der Widerspruchsklage zum Siege zu verhelfen. Verkehrt wäre es, wenn man aus dem cit. Abs. 2 des § 690 schließen wollte, daß der Kläger auf Grund dieser Bestimmung zugleich seine etwaigen Ansprüche gegen den

*) Hierauf legt Kühne a. a. O. hauptsächlich Gewicht.

**) Vgl. Endemann, Civ.-Proz. III. pag. 176 sub II. B.

Schuldner auf Herausgabe der Sache, die Klage aus dem verletzten Rechte, z. B. die reivindicatio oder die actio commodati mit der Widerspruchsklage verbinden könne. Will der Kläger dies, so darf er sich nicht auf § 690 Abs. 2 der C.-Pr.-O. berufen, vielmehr gelten für diesen Fall lediglich die allgemeinen Bestimmungen über Streitgenossenschaft (§§ 56 ff.), insbesondere ist auch die Frage nach der Kompetenz des Gerichts hier ganz selbständig und abgesehen von § 690 C.-Pr.-O. zu erledigen.*)

Bevor wir zur Besprechung der Motive zum § 690 der C.-Pr.-O. uns wenden, erscheint es angemessen einen Blick auf die Darstellung unserer Lehre in der Theorie des gemeinen Civilprozeßrechtes zu thun. Im gemeinen Prozeßrechte wird diese Lehre nur an dem Falle behandelt, wenn der Dritte als Eigentümer der dem Schuldner auf Geheiß des Richters abgepfändeten Sachen auftritt. Dies ist der einzige in der bekannten L. 15 § 4 D. de re judic. behandelte Fall.

Das Eigentum ist nach der Anschauung des röm. Rechts das unmittelbare oder unvermittelte rechtlich anerkannte Herrschaftsverhältnis der Person über eine Sache. Es gewährt dem Eigentümer die rechtliche Möglichkeit, seinen Willen für alles, was die Sache in rechtlicher Beziehung betrifft, maßgebend sein zu lassen. Wer sich diesem Willen widersetzt, verletzt das Eigentum, wer dasjenige, was der Eigentümer vermöge der ihm vom Rechte verliehenen Macht (Gewalt) vornehmen kann, mit der Sache vornimmt, der setzt sich mit jenem Willen in Widerspruch, ist im Unrecht und hat die vom Recht gesetzten Folgen zu tragen, jedoch in verschiedener Weise. Die aus der Verletzung des Eigentums entspringenden Ansprüche sind verschieden, je nachdem die Handlung des Dritten die Substanz der Sache, die Materie, ergreift oder sich gegen den Herrschaftswillen des Eigentümers richtet, die Substanz der Sache aber unberührt läßt. Im ersteren wird das Eigentum direkt nicht berührt — ist freilich die Sache untergegangen, so ist auch dadurch das Eigentum untergegangen, — dagegen ist im anderen Falle der Eigentumswille

*) Vgl. Gaupp, Kommentar z. C.-Pr.-O. III. pag. 214 sub 2.

selbst unmittelbar verletzt, und zwar entweder vollständig (im Falle der reivindicatio), wenn der Dritte das (i. e. die Sache) hat, was der Eigentümer vermöge der ihm vom Rechte verliehenen Macht haben will, oder teilweise (im Falle der negatoria in rem actio), wenn der Dritte salva rei substantia auf die Sache einwirkt, wie es der Eigentümer will. Die Frage ist nun, zeigt sich diese Macht auch dann noch wirksam, wenn ein Dritter über die Sache in der Weise verfügt, daß er sie veräußert? Nach Auffassung des römischen Rechts unzweifelhaft; denn durch die Veräußerung der Sache durch den Dritten, welchem solche Veräußerung nicht vom Eigentümer als Recht übertragen ist, wird nach röm. Rechte das Eigentum nicht im mindesten berührt, ja der Eigentümer erlangt in solchem Falle unter Umständen zwei Eigentumsansprüche, einen gegen den fictus possessor und den anderen gegen den verus possessor,*) das Eigentum ist in diesem Punkte nach Anschauung des röm. Rechts unverletzlich. Das gilt auch für den Fall, daß dem Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren eine ihm nicht gehörige Sache abgepfändet wird. Der Eigentümer ist nicht gehindert, sein Eigentum gegen den Erwerber geltend zu machen.**) Dieser gemeinrechtliche Rechtszustand, welcher in dem hier zur Frage stehenden Falle durch art. 306 des Allg. deutsch. H.-G.-B. nicht berührt wird, ist nun in einzelnen Partikularrechten beseitigt, und zwar zunächst da, wo der Rechtsgrundsatz „Hand wahre Hand" gilt.***) Im Allgem. Preuß. Landrechte (I., 15

---

*) Vgl. von Vangerow, Lehrb. I. § 332 sub III. 1 b.

**) Vgl. L. 15 § 4 cit. und dazu Briegleb, Einl. in die summarischen Prozesse pag. 259 ff. Dernburg, Lehre vom Pfandrecht pag. 251 not. 7. Buchka, der Einfluß des Prozesses I. pag. 308 ff. v. Savigny System VI. pag. 439.

***) Rev. Lüb. Recht III., 2, 1 u. 2. Rostocker Stadtrecht III., 2, 1—4. Hamburger Statut v. 1603 II., 2, 7. Vgl. Baumeister, das Privatrecht der Stadt Hamburg I. § 34. Über das ältere deut. Recht vgl. J. Fr. Budde, Diss. de vind. rer. mod. Germ. Bonn 1837. Delbrück, in der Ztschr. f. D. R. XIV. pag. 207 ff. v. Meibom d. Pfandrecht pag. 63 flgg.

§ 42) ist bestimmt, daß Sachen, welche bei öffentlichen Versteigerungen erkauft werden, der Vindikation nicht unterworfen sind, und das Nassauische Recht*) enthält die Vorschrift, daß dem Ansteigerer im Hülfsvollstreckungsverfahren der Kaufpreis vom vindizierenden Eigentümer erstattet werden muß, und endlich das Österreichische Gesetzbuch (§ 367) läßt im gleichen Falle den redlichen Erwerber Eigentümer werden. Daß der vorstehende gemeinrechtliche Grundsatz mit den partikularrechtlichen Ausnahmebestimmungen durch den § 690 der C.-Pr.-O. nicht berührt wird, erscheint selbstverständlich; denn hier handelt es sich nur um den Schutz des Berechtigten gegen den Gläubiger. Was nun diesen Schutz anbetrifft, so verfolgte die zu diesem Zwecke gemeinrechtlich zugelassene sog. Zwangsvollstreckungsintervention im wesentlichen den Zweck festzustellen, ob eine gepfändete Sache zu dem Vermögen des Schuldners gehört oder nicht, diese Frage wurde summarisch untersucht ohne Präjudiz für das Recht des Intervenienten oder des Schuldners und nach dem Ergebnisse der Untersuchung auf Fortsetzung der Exekution oder auf Einstellung erkannt.**)

Wenn nun auch die Widerspruchsklage des heutigen Rechts ein weiteres Gebiet umfaßt, als die Exekutionsintervention des gemeinen Prozeßrechts, so ist doch auch heute noch der wesentliche Zweck des Verfahrens, festzustellen, ob die Zwangsvollstreckung bezüglich der verstrickten Gegenstände zulässig oder wegen der materiellen Rechte Dritter unzulässig ist, und es kann nicht zugegeben werden, daß diese materiellen Rechte Dritter selbst den Inhalt des Rechsstreites bilden. Es wird freilich behauptet,***) daß die Herrschaft des römischen Rechts in der Praxis des gemeinen deutschen Civilprozesses sich in diesem Punkte nicht zu behaupten vermocht hat. Beweise für die Behauptung sind jedoch nicht beigebracht. Ob sich eine solche Um-

*) Vgl. Bertram, das Nassauische Privatrecht § 157 ff.

**) Vgl. Dernburg, a. a. O. II. § 119 not. 6 ff. Briegleb, a. a. O. pag. 261 ff. Buchka u. Budde, Entsch. Bd. VI. pag. 45 ff.

***) Vgl. Voß, die Umbildung des dinglichen Rechts im sog. Interventionsanspruche (Gruchot's Beiträge Bd. 25 pag. 349 ff.).

wandlung in der Praxis der preußischen und hannoverschen Gerichte im Anschlusse an die Preuß. Allgem.-Ger.-Ordnung I., 24 § 76 und an die Hannoversche Prozeß-Ordnung § 583 vollzogen hat, kann hier dahin gestellt bleiben, für das Gebiet des gemeinen Prozeßrechts hat sich nur das frühere Oberappellationsgericht zu Rostock in der soeben not. ** citierten, auch in Seufferts Archiv abgedruckten Entscheidung über die Frage und zwar in der hier vertretenen Ansicht ausgesprochen, andere die Frage ex professo behandelnde Entscheidungen habe ich nicht entdecken können.

Was nun die Motive zur Reichscivilprozeßordnung anbetrifft, so sprechen sich diese wie folgt über diesen Punkt aus:

> „Der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung (sog. Exekutionsintervention) kann sich wider die Veräußerung eines beim Schuldner gepfändeten oder zu versteigernden Gegenstandes richten. Darneben steht der Fall, daß der Dritte dem Vollzuge des erstrittenen Urteils selbst widerspricht, indem er die Sache (species) für sich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe Gegenstand des Hauptprozesses gewesen und nunmehr Objekt der beginnenden Zwangsvollstreckung ist. Die Hauptintervention aus § 61 ist hierbei ausgeschlossen, sobald das Urteil des Hauptprozesses die Rechtskraft beschritten hat.
>
> In allen diesen Fällen ist mehr als die bloße Ausführung der Vollstreckung in Frage und über materielle Rechte der Beteiligten zu entscheiden, demnach die Anwendung des ordentlichen Verfahrens geboten. Indessen ist der Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung derart vorwiegend, daß, ohne Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über die Zuständigkeit, sich örtlich die Verweisung vor das Gericht, in dessen Bezirke die Vollstreckung erfolgt, empfiehlt. (Hannover § 583, § 584. Oldenburg art. 347 § 1. Bayern art. 870, 840. Reichsrechtshülfeges. § 8.)
>
> Die Stellung des Dritten als Klägers ergiebt sich mit Notwendigkeit daraus, daß der streitige Gegenstand sich

nicht im Besitze des Dritten befindet, denn andernfalls kann er sich gegenüber einer etwaigen Zwangsvollstreckung auf bloßen Widerspruch beschränken und die Klage des obsieglichen Teils auf Herausgabe abwarten. Die Klage braucht (abweichend von § 61) nicht notwendig gegen den Schuldner mitgerichtet zu werden, da dieser die Rechte des Dritten vielleicht anerkennt, eintretenden Falls aber kann der Schuldner wie bei der Hauptintervention (§ 61) nur Streitgenosse des Gläubigers sein."

Es gewinnt den Anschein, als ob der Verfasser der Motive mit den unterstrichenen Worten hat andeuten wollen, daß in dem bezeichneten Verfahren über die materiellen Rechte selber entschieden werden soll. Doch dürfte das nicht richtig sein, und jedenfalls dürfen die Motive nicht zur Interpretation gegen den Inhalt und die Konstruktion des Gesetzes verwendet werden. Aber es ist das auch nicht nötig; denn der Ausspruch der Motive, daß es sich im vorliegenden Falle neben der Ausführung der Zwangsvollstreckung um die materiellen Rechte handele, wird gebraucht zur Rechtfertigung des Umstandes, daß (abweichend vom gemeinen Rechte) das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommt. Dies ist aber sehr wohl erklärlich; denn — ganz abgesehen von der hier noch nicht zu erörternden Einwirkung der Zwangsvollstreckung auf das Vermögen der Beteiligten und dritter Personen — kann schon mit Rücksicht auf die oben pag. 68 citierten partikularrechtlichen Bestimmungen der Fall eintreten, daß Jemand in Folge eines Zwangsvollstreckungsverfahrens sein Recht an einer nur in dem Gewahrsam des Schuldners stehenden Sache definitiv verliert.*) Das war gemeinrechtlich nicht möglich. Genügte hier deshalb die summarische Kognition, so war für eine Prozeßordnung, welche für die verschiedensten Rechtsgebiete in Geltung treten soll, erforderlich, das ordentliche Verfahren mit Rücksicht darauf einzuführen, daß von der Entscheidung dieser Frage die definitive Existenz oder der Untergang von materiellen Rechten abhängen kann.

---

*) Vgl. hierüber Olshausen a. a. O. pag. 77 ff.

Die Konstruktion des Gesetzes spricht für die hier vertretene Auffassung.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist es der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung, welcher mit der Klage geltend gemacht, das materielle Recht ist nur Voraussetzung nicht Inhalt des Anspruches. Das wird auch von den Kommentatoren der Civilprozeßordnung*) anerkannt. Der einzige Ausspruch, welchen der Kläger vom Richter erwarten kann, ist dieser, daß die Zwangsvollstreckung, soweit sie sich gegen das Vermögen des Klägers gerichtet hat, für unzulässig erklärt wird. Daraus ergiebt sich ohne weiteres worauf der Klagantrag zu richten ist, und wie das Urteil lauten muß.

Die Klage ist veranlaßt, wenn das Vollstreckungsverfahren bereits begonnen hat.**) Es muß darnach ein Vollstreckungsakt schon vorgenommen sein, durch welchen in irgend einer Weise in das Rechtsgebiet des dritten eingegriffen ist.

In dem Urteil wird deßhalb auch nicht über das Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers aus dem Titel oder der Klausel gestritten, sondern nur über die Zulässigkeit des bereits stattgehabten Verfahrens, also über die Rechtmäßigkeit des Aktes (der Pfändung, der Beschlagnahme, der Wegnahme ꝛc.). Wird das eingeschlagene Verfahren für unzulässig erklärt, so werden die erzeugten Wirkungen hinfällig (vgl. C.-Pr.-O. §§ 169 nr. 1 u. 2, 692). Wie ist es aber, wenn das Verfahren während schwebenden Prozesses durchgeführt ist, der Gläubiger also schon befriedigt ist. Auch hier muß in derselben Weise — wie oben pag. 59 angegeben ist — der Beklagte auf Antrag des Klägers zur Herausgabe der ungerechtfertigten Be-

---

*) Vgl. u. a. Gaupp, Komment. III. pag. 214. — Wenn hier aber weiter behauptet wird, daß der Widerspruchskläger mit dieser Klage die Klage auf Anerkennung des materiellen Rechtes aus § 231 d. C.-Pr.-O. verbinden könne, so scheint dies deshalb nicht richtig zu sein, weil die letztere Klage nur subsidiär ist, — „wenn der Kläger an der alsbaldigen Feststellung ein Interesse hat.“ Dieses Interesse entfällt aber, weil es durch die Widerspruchsklage absorbiert wird.

**) Vgl. unten Kap. III. des zweiten Abschnittes.

reicherung verurteilt werden.*) Daß der Gläubiger während des Prozesses oder nach beendigtem Verfahren auf's neue zur Zwangsvollstreckung schreiten kann, ist selbstverständlich. Aus diesem Grunde ist es für den Gläubiger von Wichtigkeit, daß der Gerichtsvollzieher — selbst wenn der Gläubiger durch den Zwangsvollstreckungsakt seine Befriedigung gefunden hat — im Besitze der Vollstreckungsklausel bleibt und solche nicht etwa, wie es im Falle freiwilliger Leistung geschehen muß, dem Schuldner aushändigt.

§ 18.

Die Voraussetzungen der Klage.

Voraussetzung der Klage ist auf Seiten des Klägers ein Recht **an** dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung, welches die Veräußerung (sc. des Gegenstandes) hindert. Die Kommentare zur Civilprozeßordnung verweisen in dieser Beziehung auf das Civilrecht, nun giebt es aber bisher noch keinen Civilrechtsparagraphen, welcher uns diese Rechte aufzählt, und so bleibt nur übrig, die einzelnen Rechte hierauf zu prüfen. Da die Civilprozeßordnung von Rechten an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung spricht, so muß man bloße obligatorische Ansprüche auf Herausgabe resp. Übergabe einer Sache resp. auf Einräumung eines Rechts oder einer Forderung ausnehmen, dieselben geben für sich allein keinen Anspruch auf Erhebung der Widerspruchsklage.

Dies wird allerdings von verschiedenen Seiten**) behauptet; als Grund wird angeführt der Satz: Der Gläubiger kann durch die Pfändung nicht mehr Recht gegen den Schuldner erwerben, als dieser selbst besitzt. Auch wird auf § 35 der Konk.-Ordn.

---

*) Vgl. die Entsch. des O.-L.-G. zu Rostock in der Meckl. Ztschr. II. pag. 245, welche Entscheidung freilich vom anderen Standpunkte aus zu demselben Resultate kommt.

**) Vgl. Kommentare von Gaupp, Endemann, Petersen a. a. O., auch v. Struckmann & Koch ad § 690 d. C.-Pr.-O.

verwiesen (wo bestimmt ist, daß Aussonderungsrechte auf Grund persönlicher Rechte geltend gemacht werden können), und dann mittelst eines Schlusses a maiore ad minus gefolgert, daß das, was für das Konkursverfahren — in welchem sämtliche Gläubiger ihre Befriedigung suchen — gelte, doch auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren, welches zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers diene, gelten müsse. Es ist hierbei jedoch übersehen, daß die Konkursordnung und die Civilprozeßordnung in dieser Frage verschieden von einander konstruiert sind. Die Konk.-Ordnung will nur das dem Schuldner gehörige Vermögen dem Konkursrechte unterwerfen (§ 1) und spricht deshalb im § 35 auch ausdrücklich von den Ansprüchen auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes. Ganz anders die Civilprozeßordnung. Sie hat diese positive Grenze nicht; hätte sie die gleiche Grenze gezogen, so würde es eine Tautologie sein, wenn die Konk.-Ordnung im § 1 von dem gesamten einer Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, spricht. Von dem Vermögen **des** Schuldners spricht die Civilprozeßordnung in der Lehre von der Zwangsvollstreckung in charakteristischer Enthaltsamkeit nie (vgl. C.-Pr.-O. §§ 708, 729, 757). So ist es denn auch wohl erklärlich, wenn das Widerspruchsrecht hier anders gestattet ist als dort das Aussonderungsrecht. Es mag gestattet sein, den Unterschied noch etwas hervorzuheben. Im Konkurse hat der Konkursverwalter das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen in Besitz zu nehmen (Konk.-Ordn. § 107), er hat also nur das Vermögen des Schuldners (K.-O. § 1) in Besitz zu nehmen; besitzt der Schuldner Sachen, welche er von dritten Personen geliehen hat, welche also nicht Sachen des Schuldners sind, so hat der Verwalter diese aus eigenem Antriebe („von Amtswegen") dem Schuldner zu lassen, und es dem Dritten zu überlassen, die Sachen vom Schuldner wieder zu holen. Ist jedoch der Konkursverwalter der Ansicht, daß die betr. Sache zur Konkursmasse gehört, so hat er sie in Besitz zu nehmen und die Geltendmachung des Aussonderungsanspruches

abzuwarten; eine rechtliche Veränderung in dem Vermögen vollzieht sich nicht, das dem Gemeindeschuldner bis dahin zustehende Verwaltungs- und Verfügungsrecht hat jetzt der Konkursverwalter auszuüben, deshalb hat er auch alle mit dieser Verwaltung und Verfügung überkommenen Verpflichtungen zu erfüllen. Das Aussonderungsrecht des Dritten ist also nichts anderes als die Geltendmachung des dem Dritten gegen den Schuldner zustehenden Anspruchs in seiner Richtung gegen den Konkursverwalter als den mit der Verwaltung des Vermögens beauftragten Besitzer des in Anspruch genommenen Gegenstandes. — Ganz anders gestaltet sich die Sache im Zwangsvollstreckungsverfahren. Der Gerichtsvollzieher hat — um bei dem Falle der Pfändung einer beweglichen Seche stehen zu bleiben — gar nicht von Amtswegen zu untersuchen, ob die zu pfändende Sache dem Schuldner gehört oder nicht, er hat nur zu prüfen, ob sie sich im Gewahrsam des Schuldners befindet oder nicht. Im ersteren Falle pfändet er die Sache, indem er sie in seinen Besitz nimmt. Der Gerichtsvollzieher ist in dieser Thätigkeit weder Vertreter des Gläubigers noch Vertreter des Schuldners, sondern Beamter, *) er erwirbt dem Gläubiger ein Pfandrecht, auch wenn der Schuldner gar kein Recht an der Sache hatte, dieses Pfandrecht besteht zur vollen Rechtswirkung, so lange es nicht durch das Gericht wieder aufgehoben ist, und dieses Pfandrecht ist sehr geeignet, die an der Sache bestehenden Rechte Dritter schließlich zu zerstören. Während also im Falle des Konkurses die Gläubiger niemals Rechte an den einzelnen zu dem Vermögen des Schuldners gehörenden Gegenständen erwerben, also auch die Rechte Dritter daran durch die Konkurseröffnung niemals berührt werden, verhält sich dies im Zwangsvollstreckungsverfahren gerade umgekehrt. Der Widerstand, welcher hier zu überwinden ist, ist bedeutend stärker, als im Konkursverfahren. Geeignet, diesen Widerstand zu überwinden, ist nur ein Recht, welches dem Dritten an dem Gegenstande der

*) Es muß genügen, diesen und die folgenden Sätze hier einstweilen apodiktisch aufzustellen, die Rechtfertigung wird später erfolgen.

Zwangsvollstreckung zusteht, und im Verhältnisse zu dem Rechte, welches der Schuldner hatte, als das relativ bessere erscheint; die dem Dritten gegen die Person des Schuldners zustehenden blos persönlichen Ansprüche sind jedenfalls nicht geeignet, das für den Gläubiger legal entstandene Recht an der Sache zu vernichten. *)

Es wäre aber nicht richtig, wenn man unter den Rechten an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung gerade nur die dinglichen Rechte des röm. Rechts als Eigentum und jura in re aliena verstehen wollte, das ist keineswegs richtig, weil unter „Gegenstand der Zwangsvollstreckung" auch Forderungen zu verstehen sind, und man von Eigentum an einer Forderung resp. von dinglichen Rechten an solchen nicht oder doch nur im uneigentlichen Sinne reden kann. Entscheidend allein ist, ob das Recht ein solches ist, kraft dessen der Gegenstand der Zwangsvollstreckung vermöge einer unmittelbaren Herrschaft zum Vermögen des Dritten gehört, oder ob diese Herrschaft erst durch die Handlung eines Dritten vermittelt werden muß. Daß aber unter „Gegenstand der Zwangsvollstreckung" nach der Civilprozeßordnung die körperlichen Sachen, die Forderungsrechte und die übrigen Vermögensrechte zu verstehen sind, ist bereits dargethan worden. Eine unmittelbare Unterwerfung dieser Sachen und Rechte unter die Macht des Berechtigten findet auch statt, wenn diese Gegenstände einem Pfandrechte unterworfen sind. Hier ist jedoch wenigstens für den Fall, wenn die Zwangsvollstreckung durch Pfändung dieser Gegenstände vollzogen wird, das Widerspruchsrecht durch § 710 der C.-Pr.-O. ausgeschlossen, ob die Widerspruchsklage sonst begründet ist, wird später erörtert werden.

Bevor wir uns zur Darstellung der einzelnen Rechte wenden, scheint es erforderlich, für die Klassifikation dieser Rechte gewisse leitende Gesichtspunkte zu gewinnen. Das natürlichste

---

*) Zu einem anderen Resultate kommt das Urteil des O.-L.-G. zu Hamburg v. 5./10. 1882 bei Seuffert Bd. 39 Nr. 272 (ohne genügende Begründung!).

und einfachste scheint es da, mit dem Eigentum zu beginnen, weil in diesem Punkte, daß nämlich das Eigentum die Widerspruchsklage begründet, kein Zweifel herrscht. Falsch wäre es aber, wenn man die auf Eigentum gestützte Widerspruchsklage deshalb für begründet halten wollte, weil dem Nichteigentümer die Disposition über die Sache fehlt, und er deshalb durch einen Veräußerungsakt dasjenige Recht, welches durch diesen Akt geschaffen werden soll, nicht herstellen kann. Der Grund liegt vielmehr darin, daß, wie bereits hervorgehoben ist, das Recht des Klägers geschützt werden soll, und zwar deshalb, weil der Kläger in einem relativ besseren Rechtsverhältnisse zu dem Gegenstande steht, als der Schuldner. Der Unterschied von den civilrechtlichen Schutzklagen*) im Falle der Verletzung liegt in dem Zwecke der Klage. Diese Klagen bezwecken entweder nur die Anerkennung des Rechts (nach § 231 der C.-Pr.-O.) oder gleichzeitig die Wiederherstellung der Verletzung durch Verurteilung des Beklagten, in der Widerspruchsklage wird weder Anerkennung des Rechts noch Verurteilung des Beklagten begehrt, sondern nur Wiederherstellung eines früheren Zustandes durch richterlichen Ausspruch; die Widerspruchsklage steht also in der Mitte zwischen Anerkennungsklage und der gewöhnlichen Klage, das Urteil ist weder Feststellungsurteil noch kondemnatorisch sondern restitutorisch.

Diejenigen Rechte aber, welchen ein solcher Schutz zusteht, müssen geeignet sein, die Veräußerung zu hindern; die Veräußerung ist aber ein Ausfluß der Verfügungsgewalt. Wer eine Sache veräußern will, muß entweder rechtlich oder thatsächlich über dieselbe verfügen können. Erscheint also im Verhältnisse zweier Personen zu einem Gegenstande der A. als derjenige, welcher im Gegensatze zu B. über den betreffenden Gegenstand verfügen darf oder kann, so kann A. die Veräußerung des Gegenstandes durch B. hindern. Nach diesem Gesichtspunkte sind die einzelnen Rechtsverhältnisse zu prüfen. Es scheint aber angemessen, zunächst von dem Falle zu handeln, wenn der

*) Vgl. Brinz, Lehrb. d. Pand. I. § 166 ff.

Gegenstand der Zwangsvollstreckung eine bewegliche Sache ist, darauf von dem Falle, wenn der Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein Forderungsrecht oder ein anderes Vermögensrecht ist, und schließlich den Fall zu besprechen, wenn der Gegenstand der Zwangsvollstreckung eine unbewegliche Sache ist.

A. Der Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist eine bewegliche Sache.

1. Hier ist es zunächst das Eigentum, welches dem Berechtigten die rechtliche Verfügungsgewalt über die Sache gewährt, das ist wohl gemeinrechtlich als auch partikularrechtlich im Gebiete des Rechtsgrundsatzes „Hand wahre Hand" der Fall *); auch das Handelsgesetzbuch art. 306 erkennt noch immer Eigentum an Mobilien an, wenn dieses Eigentum auch nur einen recht losen Bestand hat, und durch jeden Besitzer tagtäglich zum Untergange gebracht werden kann. Solange aber nicht ein dritter Erwerber dazutritt, besteht das Eigentum im Verhältnisse zu dem vom Eigentum abgeleiteten Besitz immer. Damit ist freilich die absolute Macht des Eigentums gebrochen, aber solange Eigentum und Besitz neben einander stehen, ist das Eigentum dasjenige Recht, welches gegenüber dem Besitz als das bessere Recht erscheint, weil es im Verhältnisse beider die rechtliche Verfügungsgewalt gewährt.

Diese rechtliche Verfügungsgewalt ist aber zuweilen dem Eigentümer zu Gunsten eines Dritten entzogen, welcher dann gerade wie ein Eigentümer über die Sache verfügen darf. Hierher gehören

a. die Rechte des Ehemannes an dem Vermögen seiner Ehefrau.

---

*) v. Meibom Pfandrecht pag. 63 erkennt das freilich blos für süddeutsche Rechtsgebiete (Schwabenspiegel) an, und will für das Gebiet des sächsischen Rechts den umgekehrten Satz zur Geltung bringen. Er giebt jedoch die Streitfähigkeit der Sache für den Fall, daß die gepfändete Sache dem Gläubiger vom Gerichte noch nicht zu Verkauf übergeben ist, zu.

Gemeinrechtlich gilt das Dotalsystem. Nach Dotalrecht ist aber der Ehemann während bestehender Ehe Eigentümer des Dotalgutes, und wenn es auch in den Quellen heißt „naturaliter in ejus (uxoris) permanserint dominio“ (L. 30 l. h. t.), so wird doch bestimmt an derselben Stelle ausgesprochen, „secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse.“ Darnach gilt für die Widerspruchsklage des Ehemannes, wenn der Ehefrau wegen ihrer Schulden Dotalsachen abgepfändet würden,*) resp. wenn solche Sachen bei Dritten gepfändet würden, alles das, was oben über die Widerspruchsklage des Eigentümers gesagt ist.

b. Die Rechte der Konkursgläubiger an dem Vermögen des Kridars. Diese Rechte werden von dem Konkursverwalter ausgeübt. Der Konkursverwalter ist also auch im Sinne des § 690 der C.-Pr.-O. Dritter und als solcher event. berechtigt, die Widerspruchsklage zu erheben,

vgl. Erkenntnis des badischen O.-L.-G. in Busch Zeitsch. f. D. C.-O. III. pag. 499,

Erkenntnis des Reichsgerichts in Seufferts Archiv Bd. 36 Nr. 169.

Eine auf Eigentum gegründete Widerspruchsklage wird auch der Ehefrau wegen des Dotalgutes gegeben, und zwar unter Berufung auf L. 30 C. de jur. dot. V., 12 (vgl. Seuffert, Kommentar z. C.-Pr.-O. pag. 720). Unzweifelhaft ist die Klage begründet, wenn die Ehe aufgelöst und die Gläubiger des Ehemannes dessen Nachlaß und die darin befindlichen Dotalsachen pfänden lassen; denn die L. 30 cit. spricht ohne Zweifel aus, daß die Ehefrau während der Ehe naturaliter (d. h. ohne civilen Schutz) Eigentümerin der Dotalsachen bleibt, und daß dieses Eigentum sofort mit Auflösung der Ehe — si tamen res extant — auch wirklich aktuelles Eigentum wird. Nach L. 29 C. de jure dot. hat die Ehefrau aber weiter auch dann, ubi adhuc

*) Der Fall wird selten vorkommen, da der Ehemann regelmäßig im Besitz der Dotalsachen sein wird, und deshalb schon die Pfändung unterbleiben muß.

matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, das gleiche aktuelle Eigentum, acsi matrimonium dissolutum esset. Was also für jenen Fall der Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes gilt, muß auch für den Fall der inopia mariti gelten, und kann der Umstand hieran nichts ändern, daß die Ehefrau, wie im weiteren Verlaufe der L. 29 cit. gesagt ist, die Dotalsachen nicht veräußern soll, sondern diese ihrer Bestimmung, ad sustentationem tam sui quum mariti filiorumque zu dienen, erhalten bleiben sollen. Es folgt hieraus nur, daß auch dem Ehemanne in diesem Falle seine eignen Rechte im übrigen erhalten bleiben sollen, nur soll er nicht zum Nachteile der Frau das Dotalgut im Fall eigener Überschuldung angreifen.

Daraus folgt also, daß auch der Ehefrau wegen des Dotalgutes schon während bestehender Ehe die Widerspruchsklage zusteht, jedoch hat sie die inopia des Ehemannes oder, wie man sich heute ausdrückt, seine Zahlungsunfähigkeit nachzuweisen.

Wie das Eigentum wirkt auch das Miteigentum. Behauptet also Jemand, daß ihm Miteigentum an der gepfändeten Sache zusteht, so ist freilich der Schuldner nicht gehindert, seinen ideellen Anteil an der Sache, sein Miteigentumsrecht, nicht aber die Sache als Ganzes zu veräußern, soweit aber die Sache dem Dritten gehört, ist dessen Widerspruchsklage begründet; der Gläubiger muß auf die Pfändung verzichten und den Teilungsanspruch des Schuldners pfänden lassen. *)

Wenn somit die Widerspruchsklage dann immer begründet ist, wenn klägerischerseits Eigentum resp. ausschließliche Verfügungsgewalt bezügl. der gepfändeten Sache nachgewiesen wird, oder wenn die Ehefrau bei Auflösung der Ehe und im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes die gepfändeten Sachen als Dotalgut in Anspruch nimmt, so fragt man doch weiter, wie es sich verhält, wenn der Kläger freilich nicht Eigentum, wohl aber Publicianischen Besitz für sich zu behaupten und nachzuweisen vermag.

„Publiciana actio ad instar proprietatis non ad

---

*) Entsch. d. O.-L.-G. zu Kiel bei Seuffert Bd. 39 Nr. 73.

instar possessionis respicit.“ (Ulpian in L. 7 § 6 de publ. i. r. act.),

also nicht der Besitz, sondern das Eigentum wird mit der publicianischen Klage geschützt. So wird denn auch von Gaius (Komment. IV, 36) die Publiciana in rem actio auf fingiertes Eigentum zurückgeführt, und wurde diese Fiktion ausdrücklich in die Formel aufgenommen (§ 4 J. IV., 6).

Es wird gestattet sein, nach diesen Quellenzeugnissen den Publicianischen Besitz als ein dem Eigentume kraft gesetzlicher Fiktion gleichgestelltes Rechtsverhältnis aufzufassen, welches überall — wo nicht Eigentum oder doch gleiches Recht dem Berechtigten gegenüber stehen — wie Eigentum wirkt. Die Konsequenz fordert also, auch dem Publicianisch Berechtigten die Widerspruchsklage zu gewähren, soweit nicht etwa der Gläubiger zu behaupten vermag, daß der Schuldner trotz des Publicianischen Rechtes des Klägers Eigentümer oder ebenfalls gleichberechtigter publicianischer Besitzer geblieben ist.*)

2. Von den dinglichen Rechten an fremder Sache interessieren für unsere Frage, abgesehen vom Pfandrechte, worüber nachher besonders gesprochen werden soll, nur die persönlichen Dienstbarkeiten. Emphyteusis, Superficies und Grunddienstbarkeiten sind nur an Grundstücken resp. Gebäuden möglich.

Was nun die persönlichen Dienstbarkeiten anbetrifft, so wird im Folgenden nur vom usus fructus, als Vorbild der übrigen Personalservituten, gehandelt werden. Alles, was vom ususfructus in dieser Beziehung gilt, ist mut. mut. auch auf die übrigen Fälle anzuwenden. Der Usus fructuar hat die corporis detentio, er ist also schon nach § 712 resp. 772 der C.-Pr.-O. gegen eine etwaige Pfändung oder Wegnahme der Sache geschützt. Dem Gläubiger erübrigt nur, den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache (sc. usufructu finito) pfänden resp. sich überweisen zu lassen,**) gewiß häufig ein recht

*) Vgl. Windscheid, Lehrb. I § 199 not. 12 ff. Seuffert, Archiv, Bd. 35, Nr. 83.

**) Vgl. C.-Pr.-O. §§ 745 f., 772.

inhaltloses Recht. Sollte das Rechtsverhältnis des Usufruktuars sich anders gestalten, wenn die belastete Sache sich, sei es zufällig oder mit seinem Willen in dem Gewahrsam eines Dritten, des Schuldners, und sei dieser auch der Eigentümer, befindet? Wir geben sofort die Antwort, indem wir die Frage verneinen, damit also die Widerspruchsklage des Usufruktuars anerkennen.

Die Kommentare zur Civilprozeßordnung behandeln diese Frage höchst dürftig. Seuffert (ad § 690 d. C.-Pr.-O. pag. 720) giebt dem Usufruktuar die Widerspruchsklage, setzt aber in parenthesi hinzu: „Diese dinglichen Rechte an fremden Sachen hindern natürlich nicht die Veräußerung der nuda proprietas salvo usufructu etc.“ Wie sich Seuffert aber ein solches Zwangsvollstreckungsverfahren in die „nuda proprietas“ gedacht hat, davon vermögen wir uns ein rechtes Bild nicht zu machen, recht kahl möchte das Resultat ausfallen, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache unter Vorbehalt des darauf ruhenden ususfructus verkaufen sollte. Abgesehen von dem Falle, daß der Usufruktuar im Sterben liegt, wird sich kaum ein annehmbares Gebot finden. Aber wie konstruiert Seuffert die Widerspruchsklage, wie lautet der Klagantrag, wie das Urteil, und endlich wie wird das Urteil wirksam? Wir finden auf alle diese Fragen keine mit dem Inhalte der Civilprozeßordnung zu vereinbarende Antwort. Seuffert hat sich bei der Beantwortung dieser Frage auf das materielle Recht, im vorliegenden Falle auf das gemeine Recht, wie es von Windscheid, Arndts, Baron in deren Lehrbüchern vorgetragen wird, verlassen. Übereinstimmend finden wir in diesen Lehrbüchern den Satz: Der Eigentümer kann sein Recht auch bei einem darauf lastenden ususfructus an einen anderen übertragen, er kann die Sache verpfänden, *) veräußern, **) er kann die nuda proprietas veräußern, ***) ältere Lehrbücher wie die von Puchta,

---

*) Windscheid, Lehrbuch § 203 not. 16.

**) Baron, Pandekten § 160 not. 20.

***) Arndts, Lehrb. § 179 not. p.

Keller u. a. enthalten diesen Satz nicht. Jene Rechtslehrer beziehen sich für die Richtigkeit dieses Satzes auf eine einzige Quellenstelle, die L. 2 C. de usufr. (III., 33). Die Stelle enthält ein Reskript der Kaiser Severus und Antoninus auf ein ihnen zur Entscheidung vorgelegtes Testament, in welchem dem Supplikanten der Nießbrauch hinterlassen ist. Die Kaiser bestätigen, daß der Nießbrauch in dem Testamente hinterlassen ist, und fahren dann fort:

> „Quae res non impedit proprietatis dominum obligare creditori proprietatem, manente scilicet integro usufructu tui juris.“

und die Glosse des Accursius setzt hinzu: „obligare item et vendere“ und beruft sich dafür auf L. 38 D. de usu et usufr. leg. (33,2); aber der Fall dieser Stelle ist ein ganz anderer. Hier sind der Witwe die Einkünfte eines Landgutes vermacht, und der Jurist entscheidet, daß der Eigentümer in diesem Falle den fundus verkaufen kann, et legatario offere quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat. Am Schlusse der Stelle heißt es dann: Item quaero, quo distat hoc legatum ab usufructu? respondit: ex his, quae supra responsa essent, intelligi differentiam. Wenn also in dem obigen Respons in der Befugnis des Eigentümers bei dem Legat der Einkünfte die Sache verkaufen zu können, ein unterscheidendes Merkmal von dem Legat des ususfructus gefunden wird, so ist doch wohl die Folge, daß der Usufruktuar im Gegensatze zu dem nur auf die Einkünfte Honorierten die Sache nicht verkaufen kann.

Muß nun schon der Umstand, daß auch nicht eine einzige Stelle im Corpus juris es bestimmt ausspricht, daß dem Eigentümer die Veräußerung der dem ususfructus unterworfenen Sache zusteht, uns bedenklich machen, so ist dies erst recht der Fall, wenn wir die Bestimmung des röm. Rechts, daß der Eigentümer in solchem Falle keine Servituten einräumen darf, *) beachten. Das mindere wäre darnach verboten, und das mehr erlaubt?

---

*) Cfr. Arndts, Lehrbuch § 179 not. 9.

Die Frage wird m. E. nicht richtig gestellt. Zuzugeben ist, daß der Eigentümer (dominus proprietarius) seine nuda proprietas veräußern kann, wenn man darunter die dem Eigentümer gegen den Usufruktuar zustehenden Ansprüche versteht;*) ja, er **kann** auch — wenn er sich also zufällig im Besitze der Sache befindet — die Sache veräußern z. B. in Folge eines Verkaufs tradieren, und erlangt dadurch der neue Erwerber Eigentum, selbstverständlich salvo jure usufructuarii. Aber die Frage ist hier die: **Darf der Eigentümer beim Widerspruch des Usufruktuars die Sache veräußern?** Unter „veräußern" ist, wie wir sehen werden, nicht blos ein auf Eigentumsübertragung gerichtetes Geschäft, sondern auch die Bestellung eines dinglichen Rechts zu verstehen.**) In den Quellen ist, wie wir gesehen haben, nur gesagt, daß der Eigentümer proprietatem obligare potest, was hierunter zu verstehen ist, ist soeben ausgeführt. Dagegen ist bereits dargethan, daß der Eigentümer nach ausdrücklicher Entscheidung der Quellen eine Servitut ohne Zustimmung des Usufruktuars nicht bestellen kann, und was bezüglich der Servituten gilt, muß auch von den übrigen dinglichen Sachen gelten. Es ist deshalb nur noch zu erörtern, aus welchem Grunde der Usufruktuar der Eigentumsübertragung widersprechen kann. — Das Eigentumsübertragungsgeschäft vollzieht sich nach Anschauung des röm. Rechts nicht durch bloßen Vertrag sondern durch traditio. Die traditio setzt aber Besitzübertragung voraus; deshalb kann die Tradition nur rechtswirksam sein, wenn der Tradent die corporis detentio hat, oder wenn der Detentor zustimmt also erklärt, nunmehr für den neuen Erwerber besitzen

---

*) Anders kann man auch die citierte L. 2 C. de usufr. nicht verstehen. Der Jurist sagt nicht rem obligare, sondern proprietatem obligare. Der Gläubiger erhält also nur ein Pfandrecht an dem Eigentumsanspruch, nicht an der Sache. Will er bei Fälligkeit der Schuld die actio hypothecaria gegen den Usufruktuar anstellen, so würde dieser ihn mit der exceptio aus dem dinglichen Rechte zurückweisen „manente scilicet integro usufructu tui juris." Cfr. Windscheid, Lehrb. § 235 not. 6.

**) Vgl. L. ult. Cod. de reb. alien. non alien.

zu wollen. Die corporis detentio *) gehört aber zum Inhalte des Rechtes des Usufruktuars, er hat gegen jeden, welcher ihm das corpus vorenthält, einen nach Art des Eigentumsanspruchs gestalteten Anspruch auf Einräumung dieser detentio, die actio confessoria wird als ususfructus vindicatio treffend bezeichnet. In Folge dieses Anspruchs ist also der Besitzer verpflichtet, die Sache dem Usufruktuar zu übergeben, und dadurch allein wird das Eigentumsübertragungsgeschäft unmöglich gemacht, verhindert. Während also beim Eigentum die Widerspruchsklage dadurch begründet war, daß dem Eigentümer die rechtliche Verfügung über die Sache gebührt, liegt hier der Grund darin, daß vermöge des Rechtes des Usufruktuars dem Schuldner die thatsächliche Verfügung über die Sache genommen ist, insoweit ist also das Recht des Widersprechenden gegenüber dem etwaigen Rechte des Schuldners das bessere, und insoweit muß auch der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren diesem Rechte in der Widerspruchsklage weichen. Dieser Grund trifft aber selbstverständlich nur insoweit zu, als das vorliegende Veräußerungsgeschäft eine Besitzübertragung notwendig voraussetzt. Ist das nicht der Fall, erfolgt die Zwangsvollstreckung z. B. zum Zwecke der Einräumung einer Servitut, dann liegt der Grund auch hier in der mangelnden rechtlichen Disposition des Schuldners; denn der Eigentümer darf, wie wir gesehen haben, ohne Einwilligung des Usufruktuars die dienende Sache nicht mit Servituten belasten. Was aber vom Eigentümer gesagt ist, das findet umsomehr Anwendung, wenn der Schuldner gar nicht mal ein Eigentümer ist, sondern die Sache aus irgend einem anderen rechtlichen oder thatsächlichen Grund besitzt.

3. Das Pfandrecht. Mit Rücksicht auf § 710 d. C.=

---

*) Es mag hier dahin gestellt sein, daß der Usufruktuar in der Theorie nur als Rechtsbesitzer, nicht als corporis possessor anerkannt wird, und daß man neben diesem Rechtsbesitze die corporis possessio des Eigentümers statuiert. Fest steht jedenfalls, daß, wenn corporis possessio und juris possessio mit einander kollidieren, diese gerade so vorgeht wie die confessoria in rem actio vor der rei vindicatio. Vgl. v. Savigny, Recht des Bes. § 23, 7. Aufl. pag. 287.

Pr.-O. kann hier nur der Fall interessieren, wenn der Schuldner verurteilt ist, dem Gläubiger eine spezielle Sache herauszugeben, und diese Sache mit einem Pfandrechte belastet ist. Durch das Pfandrecht wird aber — da die verpfändete Sache nur in eine obligationenartige Gebundenheit zu dem Gläubiger kommt — das Eigentumsrecht des Pfandschuldners nicht berührt, er ist insbesondere nicht gehindert, die Sache — freilich cum onere*) — zu veräußern, das Pfandrecht als solches hindert diese Veräußerung nicht, und darauf allein kommt es in diesem Falle für die Beantwortung unserer Frage an. Eine Ausnahme muß freilich in dem Falle der vielbestrittenen L. 7 § 2 de distr. pign.

> Quaritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita ideoque venire possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

Alle Textveränderungen, welche man hat vornehmen wollen, sind der richtigen Ansicht nach zu verwerfen, weil dieselben vom Standpunkte der Kritik als sicher nicht nachgewiesen werden können, (vgl. Vangerow an der not. * cit. Stelle). Man muß deshalb annehmen, daß, wenn sich der Pfandgläubiger vom Schuldner ein Veräußerungsverbot der verpfändeten Sache hat bestellen lassen, das Recht des Pfandgläubigers dahin erweitert wird, daß derselbe eine verbotswidrige Veräußerung als nichtig anfechten kann, was besonders dann von Interesse ist, wenn der dritte Erwerber in Konkurs verfällt.**) Dieses Interesse macht sich aber auch im Falle der Widerspruchsklage geltend; man wird nicht fehl gehen, wenn man dem mit einem vertrags-

---

*) Eine Veräußerung der speziell verpfändeten Sache durch den Schuldner ohne Einwilligung des Gläubigers ist freilich nach Anschauung des röm. Rechts ein furtum, L. 19 § 6, L. 66 pr. D. de furt. der Eigentumserwerb des b. f. Erwerbers wird aber dadurch nicht gehindert (vgl. Vangerow, Lehrbuch I. § 384 not.)

**) Vgl. Vangerow a. a. O. Lauck in der unten pag. 87 not. * cit. Abhdlg. pag. 13.

mäßigen Veräußerungsverbote ausgestatteten Pfandrechte die Widerspruchsklage gewährt, und zwar allgemein also auch dann, wenn der Pfandgläubiger der Pfändung einer Sache widerspricht. Es findet dann § 710 der C.-Pr.-O. keine Anwendung.

4. Es fragt sich nun aber weiter, ob das, was wir soeben für das Pfandrecht als geltendes Recht nachgewiesen haben, analoge Anwendung auf die übrigen dinglichen Rechte findet, wenn dem Eigentümer zu Gunsten des Berechtigten die Veräußerung der Sache untersagt ist. — In der Theorie wird das obige Resultat als Ausnahmefall von der Regel der L. 61 D. de pact. II. 14 hingestellt. Es ist deshalb zu untersuchen, was diese Regel besagt, um damit die Tragweite der Ausnahmen bestimmen zu können. Die L. 61 cit. lautet aber:

> „Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet."

Aus der Zusammenstellung der Beispiele geht hervor, daß die Entscheidung auf der Erwägung beruht, daß es in den angezogenen Fällen an einem vermögensrechtlichen Interesse fehlt, *) und deshalb die Gültigkeit des pactum verneint wird. Man wird deshalb annehmen dürfen, daß überall da, wo ein nebenhergehendes Interesse sich nachweisen läßt, die Entscheidung anders ausfallen muß. Es wird deshalb auch in der Theorie die oben besprochene L. 7 § 2 D. de distr. pign. — wie bereits in der Glosse geschehen — als Ausnahme von dieser Entscheidung hingestellt, und allgemein die Regel aufgestellt, daß — wenn Jemand wegen eines ihm an der zu veräußernden Sache zustehenden dinglichen Rechts ein Interesse an der Nichtveräußerung hat — er sich die Nichtveräußerung gültig versprechen lassen könne (von Vangerow a. a. O.), und wird dann die besprochene L. 7 § 2 D. de distr. pign. als Beispiel hierfür angeführt. Wird dies als richtig zugegeben, und die Richtigkeit dieser Ansicht scheint nicht bezweifelt werden zu können,

*) Vgl. Vangerow, Lehrbuch I. § 299 Anm. 4.

so muß man damit auch dem dinglich Berechtigten, welcher sich vom Eigentümer die Nichtveräußerung der Sache hat versprechen lassen, dann, wenn er nicht wie der Usufruktuar corporis detentio hat, die Widerspruchsklage gewähren, und zwar sowohl dann, wenn die belastete Sache dem Eigentümer, als auch wenn sie dem Dritten abgepfändet wird.

5. Aber man muß noch einen Schritt weiter gehen. Jene Regel der L. 61 D. de pact. hat Justinian selbst weiter durchbrochen in der L. ult. C. de reb. alien. non alien. und in der L. ult. C. de pact. int. emt. Für unsere Frage interessiert freilich nur die erstere Stelle. Auf Grund dieses Gesetzes kann auch im Falle eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes der Berechtigte die Veräußerung hindern (prohibere). Darauf allein kommt es aber — wie wir gesehen haben — für die Entscheidung unserer Frage an, nicht aber darauf, ob das Verbot auch Wirkung in der Weise hat, daß der Berechtigte die Veräußerung dritten gegenüber als nichtig anfechten kann.*) Daß dieses Prohibitionsrecht nicht mit der dinglichen Klage, sondern mit der Kontraktsklage resp. mit der actio ex testamento**) geltend gemacht wird, darf uns nicht irre machen; es erweist sich eben in diesem Falle das Recht gegenüber dem Verpflichteten in dem gerade relevierenden Punkte (der Veräußerungsbefugnis) als das stärkere und deshalb muß ihm auch der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren weichen.

6. Der Besitz. So weit die Ansichten seit Ihering's Opposition gegen Savigny's Besitz in der Besitzlehre in dieser Frage auseinandergehen, so wenig hat die neuere Theorie (man vergl. die Arbeiten von Bruns, Randa, Meischeider und Becker über Besitz) positive Resultate über die Anschauung des römischen Rechtes, welche annehmbarer wären als Savigny's klassische Darstellung, hervorgebracht. Das erkennt auch der

*) Daß diese Wirkung nicht eintritt, darüber ist die neuere Theorie einig (cfr. Lauck in der Abhdlg. in der Ztsch. f. Civil.-R. u. Proz. Bd. V. pag. 12 ff.), obgleich ältere Juristen anderer Ansicht waren.

**) Vgl. Lauck a. a. O.

neueste Schriftsteller über Besitz Becker „in der Festgabe an Bluntschli“ pag. 11 a. E. an. Sein eigenes Resultat: „Für mich ist gleich sicher, daß wir Thatbestand und Rechtsfolgen der possessio auseinanderzuhalten haben, und daß die Rechtsfolgen unter den Begriffs des Rechts und zwar des dinglichen Rechts fallen,“ (pag. 362) bezeichnet er selbst als ein Resultat für das moderne Dogma; nach ihm ist der Besitz ein eigenes nach Art des Eigentums gestaltetes dingliches Recht neben dem Eigentum, ein schwächeres Recht, wie der Publicianische Besitz gegenüber dem Eigentum, er konstruiert 5 Klassen solcher Rechte, in welchem der Besitz den Mittelpunkt einnimmt, 2 sind ihm überlegen, 2 andere unterliegen. Ist nun der Besitz ein Recht, welches die Veräußerung der Sache im Zwangsvollstreckungsverfahren hindert? „Zweifellos“, sagt Becker a. a. O. pag. 337, zweifellos nicht, sagt Kühne in der bereits cit. Abhdlg. in Gruchot's Beiträgen Bd. 23 pag. 497. Die für das ja angeführten Gründe sind ebenso leicht zu widerlegen wie diejenigen für das nein. Doch lassen wir die Gründe dieser beiden Gelehrten zunächst bei Seite, und suchen selbständig die Antwort zu finden.

Wir präzisieren zunächst die Frage dahin: Was für ein Besitz ist gemeint? Juristischer Besitz. Da erweitert sich sofort die Frage: wie verhält es sich mit dem Rechtsbesitze? Diese Frage ist überall noch nicht gestellt, wir können sie aber nicht ausschließen, aber auch hier nur soweit behandeln, als der Rechtsbesitz mit corporis detentio verbunden ist; denn anders wird der Rechtsbesitz durch die Veräußerung der Sache nicht im mindesten gestört.

Wir kommen bezüglich beider Fragen zu demselben Resultate, indem wir die Widerspruchsklage für zulässig erklären, inwieweit, wird die folgende Erörterung ergeben.

Wir gehen von dem an die Spitze unserer Deduktion gestellten Vordersatz aus. Dieser lautet:

Ist der Widerspruchskläger auf Grund des von ihm behaupteten Rechts berechtigt, die Veräußerung der Sache durch

den Schuldner zu verhindern, so ist die Widerspruchsklage gegen den Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren begründet.

Angewendet auf den vorliegenden Fall ist also die erste Frage:

Ist der juristische Besitzer, sei es corporis oder juris possessor, berechtigt, dem Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren die Veräußerung der Sache zu verbieten?

Zur Beantwortung dieser Frage kann man nur kommen, wenn man sowohl das Recht des Klägers als das Verhältnis des Schuldners — nicht des Beklagten — zur Sache erörtert. Zunächst von letzterem:

Ist der Schuldner Eigentümer, publicianischer Besitzer oder hat er ein Recht an der Sache, kraft dessen er die Sache detinieren darf, so nützt dem Widerspruchskläger sein etwaiges Besitzrecht nicht; wie er wegen dieses Rechtes dem Berechtigten weichen muß, so muß ihm auch die Widerspruchsklage gegen den Gläubiger versagt bleiben. Ist der Schuldner selbst juristischer Besitzer, und zwar corporis possessor, nun dann ist der Kläger eben kein Besitzer, dessen Besitz ist untergangen, und er wird — und damit kommen wir zu dem Rechte des Klägers — nur insoweit geschützt, als sich der Besitz des Schuldners auf eine gegen den Kläger verübte Eigenmacht zurückführen läßt. Besitzt also der Schuldner in der Weise vitios vom Dritten, daß diesem der Interdiktenschutz zur Seite steht, so ist nicht einzusehen, wie dem Dritten dieser Interdiktenschutz durch eine dazwischen tretende Pfändung der Sache entzogen werden soll. Dasselbe gilt aber auch dann, wenn der Schuldner nomine des Dritten besitzt, also der Dritte der juristische Besitzer, der Schuldner beispielsweise als dessen Mieter, Kommodatar, bloßer Detentor ist. In beiden Fällen ist die Widerspruchsklage allein deshalb begründet, „quia possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet. (L. 2 D. uti possidetis (43, 17). Der Besitz, wenn auch ursprünglich ein rein thatsächliches Verhältnis, gestaltet sich durch den Schutz, welcher ihm vom Rechte verliehen wird, zu einem Rechtsverhält-

nisse, welches freilich — solange ihm das Eigentum als besseres Recht gegenüber steht — nicht zur vollständigen Entwicklung zu gelangen vermag, trotzdem aber überall da, wo nicht besseres Recht ihm gegenüber steht, quia possessor plus juris habet, geschützt wird. Es kann deshalb m. E. auch keinem Zweifel unterliegen, daß der Besitz ein solches Rechtsverhältnis ist, welches des Schutzes aus 231 der C.-Pr.-O. fähig ist,

vgl. Bruns, die Besitzklagen § 1.

Wenn man trotzdem den juristischen Besitz nicht für geeignet hält, die Widerspruchsklage zu begründen,*) so liegt das lediglich daran, daß man die Widerspruchsklage als Besitzklage also z. B. als interdictum uti possidetis auffaßt. In diesem Interdikte wird allerdings der Besitz nur gegen Eigenmacht geschützt, und daß in der Pfändung keine eigenmächtige Handlung des Gläubigers liegt, ist zweifellos. Darum handelt es sich aber, wie wir gesehen haben, gar nicht, sondern nur darum, ob der Besitzer ein besseres Recht hat als der Nichtbesitzer, und ob er vermöge dieses seines Rechts in der Lage ist, die Veräußerung der Sache durch den Schuldner zu hindern. Daß das erstere der Fall ist, haben wir bereits gesehen, und daß auch das letztere der Fall ist, ergiebt sich aus Folgendem:

a. Besitzt der Schuldner in der Weise vitios vom Dritten, daß dieser im Interdiktenprozeß obsiegen würde, ist also der Dritte justus possessor, der Schuldner injustus possessor, so würde der Dritte jeden Augenblick mit dem Interdikt den Besitz an sich ziehen können, und dadurch dem Schuldner die Veräußerung der Sache unmöglich machen, er ist also vermöge des ihm an der Sache zustehenden Besitzrechts in der Lage, die Veräußerung der Sache zu hindern.

b. Besitzt aber der Schuldner die Sache für den Dritten, so würde der Schuldner, falls er die Sache veräußern wollte, das Besitzrecht des Dritten dadurch verletzen. Wie es nicht zweifelhaft ist, daß in diesem Falle das interdictum uti possidetis gegen den Schuldner begründet sein würde („tuetur pos-

---

*) Vgl. Kühne in der cit. Abhdlg. in Gruchot's Beiträgen 1879.

sessionem, ne amittatur," vgl. Bruns, die Besitzklagen § 4), durch dessen erfolgreiche Durchführung die Veräußerung gehindert würde, so kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß der Dritte — also der Besitzer — gegen den Gläubiger die Widerspruchsklage hat.

Dasselbe ist aber der Fall bei der juris possessio, wenn der Rechtsbesitz — wie in dem hier allein zur Frage stehenden Falle der persönlichen Dienstbarkeiten — in der corporis detentio sich darstellt; die soeben dargelegten Gesichtspunkte treffen hier gleichfalls zu und sind analog anzuwenden.

Damit ist aber der Kreis derjenigen Rechte, welche die Widerspruchsklage nach gemeinem Rechte dann, wenn der Gegenstand der Zwangsvollstreckung eine bewegliche Sache ist, begründen, geschlossen. Bloße obligatorische Ansprüche des Dritten auf Herausgabe resp. Übergabe der Sache gehören nicht hierher. Ein Bedürfnis hierfür ist auch nicht anzuerkennen, soweit es aber vorhanden ist, also dann wenn der Schuldner auf Grund eines Deliktes oder Rechtsgeschäftes vom Dritten besitzt, ist es durch den Besitzschutz gedeckt.

B. Der Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist eine Forderung oder ein anderes Vermögensrecht.

Wenn der Gegenstand der Zwangsvollstreckung eine Forderung ist, so ist nach gemeinem Rechte nur derjenige berechtigt, über die Forderung zu verfügen, welcher entweder selbst nach dem Entstehungsgrunde der Forderung Gläubiger geworden ist, oder derjenige, welchem Gläubigerrecht übertragen ist. Ist also der dritte Widersprechende Cessionar des Schuldners, so ist auch er zur Widerspruchsklage gegen den Gläubiger legitimiert.*) Auf welcher causa die Cession beruht, ist zunächst für den Legitimationspunkt gleichgültig, es gelten insbesondere hier bezüglich der Widerspruchsklage analog alle diejenigen Grundsätze, welche für den Fall der Pfändung einer Sache oben sub A. 1 dargestellt sind. Das gilt namentlich auch bezüglich des Widerspruchsrechtes des

*) Vgl. Entsch. des Reichsger. Bd. IV pag. 111.

Ehemannes,*) des Konkursverwalters**) und der Ehefrau,***) wenn die Verfügung über die gepfändete Forderung von diesen Personen nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze in Anspruch genommen wird.

Die Rechte eines Cessionars gewährt auch der ususfructus nominis und das pignus nominis.†) Es bedarf also für diese Fälle der Heranziehung der oben sub A. 2 u. 3 dargelegten Grundsätze nicht, wie denn auch für die Anwendung der daselbst sub 4 u. 5 erörterten Gesichtspunkte hier kein Raum ist.

Was aber von den Forderungsrechten gilt, ist ganz ebenso auf die übrigen Vermögensrechte anzuwenden. Derjenige, welcher im Verhältnisse zum Schuldner als bisheriger Berechtigter nunmehr den Übergang des Rechtes (sei es auch nur der Ausübung nach) auf sich nachweisen kann, ist zur Widerspruchsklage gegen den Gläubiger legitimiert.

C. Der Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist eine unbewegliche Sache.

Nachdem im deutschen Rechte bezüglich des Immobiliarrechts das Prinzip der Publicität in dem Sinne zur Geltung gekommen ist, daß dingliche Rechte nur in bestimmter formeller Weise entstehen und bestehen,

vgl. Exner, das Publicitätsprinzip,

ist für die Widerspruchsklage überall da, wo dieses Publicitätsprinzip nicht blos die dinglichen Belastungen (Hypothekenbuchsystem) sondern auch das Eigentum (Grundbuchsystem) ergreift, kein Raum, da das Zwangsversteigerungsverfahren nur unter Beachtung der Eintragungen im Grundbuche vor sich gehen kann.††)

---

*) Vgl. oben pag. 77 f.

**) Vgl. oben pag. 78.

***) Vgl. oben pag. 78 f.

†) Vgl. Puchta, Vorles. I. §§ 182, 208.

††) Über die Wirkungen etwaiger Veräußerungsverbote insbesondere nach Meckl. Rechte vgl. meine Abhandlung in der Meckl. Ztschr. Bd. 3 pag. 313 f.

Besonderer Erörterung bedarf aber auch hier das Besitzrecht. Im Gebiete des Grundbuchsystems vollzieht sich der Eigentumsübergang in der Regel durch gerichtliche Auflassung. Ein etwaiges Besitzrecht eines Dritten ist also nicht im Stande, die Veräußerung zu hindern. Ist aber der redliche Besitzer nicht wenigstens insoweit, als er gegenüber dem klagenden Eigentümer durch die exceptio rei venditae et traditae geschützt wird, gegenüber dem Gläubiger desjenigen Schuldners zu schützen, von dem er seinen Besitz ableitet? Ich nehme keinen Anstand, diese Frage zu bejahen. Durch das in dem Grundbuchsystem anerkannte Publicitätsprinzip wird für den Eigentumserwerb an Grundstücken formelles Recht geschaffen, und zwar in dem Sinne, daß der Begründungsakt lediglich seiner Form wegen geeignet ist, das intendierte Recht zu schaffen, wenn es auch materiell nicht begründet wäre.*) Neben dem Formalakte bleiben unberührt die zwischen den Parteien bestehenden materiellrechtlichen Beziehungen, und es ist anerkannter Grundsatz, das derjenige, zu dessen Nachteile ein solcher Formalakt widerrechtlich geschehen ist, seine Rechte gegen alle diejenigen, welche mit ihm in vertragsmäßigen oder in unmittelbaren gesetzlichen Rechtsbeziehungen stehen, sowie gegen die Erben derselben gerichtlich geltend machen kann, insoweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. Es ist dann aber auch weiter anerkannt, daß zur Abwendung derjenigen Nachteile, welche aus der demnächstigen Vornahme des Formalaktes entstehen möchten, eine Vermerkung auf gerichtliche Inhibition einzutragen ist. Solche Vermerkungen (protestationes pro conservandis exceptionibus) kommen z. B. auch im preuß. Hypothekenrechte vor (vgl. Dernburg, preuß. Privatrecht I. pag. 486), ebenso im Meckl. Hyp.-Rechte vgl. die Stadtbuchordnung § 36 sub 4 Abs. 2. Darnach wird es keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige, welchem ein Grundstück titulo emti tradiert ist, zur Erhaltung der ihm gegen den Verkäufer zustehenden exceptio rei venditae et traditae ein gerichtliches Inhibitorium gegen eine vom Ver-

*) Vgl. Exner, das Publicitätsprinzip pag. 5 ff.

käufer beabsichtigte weitere Veranlassung erreichen kann.*) Mit demselben Rechte wird man den Besitzer schützen müssen, wenn dieser Verkauf ein unfreiwilliger ist, also im Zwangsvollstreckungsverfahren vorgenommen werden soll. Der Besitz überwindet eben im vorliegenden Falle das Eigentum vermöge der dem Besitzer zur Seite stehenden replica rei venditae et traditae, er bedarf des Schutzes, ne amittatur nämlich in Folge der drohenden reivindicatio des zweiten Käufers und gefürchteten Eigentümers. — Es gilt in diesem Falle das, was oben pag. 87 über den Schutz des Besitzes in dieser Lehre überhaupt gesagt ist. Hat aber der Besitzer gegenüber dem Eigentümer und Schuldner das relativ bessere Recht, so hat er es auch gegenüber dem Gläubiger, wie das aus der hier aufgestellten Theorie ohne weiteres folgt. Damit ist also auch in diesem Falle die Widerspruchsklage begründet. — Wo aber nicht Grundbuch- sondern nur Hypothekenbuchsystem gilt, da ist das oben pag. 87 sub 6 Gesagte gleichmäßig anzuwenden.

§ 19.

Die Einreden gegen die Klage.

Selbstverständlich ist hier zunächst, daß dem Beklagten alle diejenigen Einreden, welche sich gegen das Entstehen resp. den gegenwärtigen Bestand des vom Kläger behaupteten materiellen Rechtes richten, also die sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen zur Seite stehen und von ihm ohne Beschränkung vorgeschützt werden können. — Hiermit haben wir es ebensowenig zu thun wie mit der Erörterung der Frage nach der Beweislast im Falle des Leugnens des Beklagten. Die Beweislast ist in dieser Beziehung keine andere, wie sie sein würde, wenn diejenigen Rechte, welche die Widerspruchsklage begründen, in gewöhnlicher Weise verfolgt werden. Geschützt wird jedes der angeführten Rechte, sobald die Existenz desselben dargethan ist und

*) Vgl. z. B. die Entsch. d. O.-A.-G. zu Rostock bei Buchka und Budde, Entsch. V. pag. 157 sub IV.

solange nicht der Untergang von Seiten des Beklagten nachgewiesen ist, in seiner Sphäre, d. h. soweit nicht der Beklagte darthut, daß dem Schuldner im Verhältnisse zum Kläger ein gleiches oder besseres Recht zur Seite steht. Damit kommen wir zu den exceptiones im eigentlichen Sinne, d. h. zu denjenigen Einreden, welche — unbeschadet des klägerischen Rechtes — sich gegen den Klagantrag (das petitum) richten.

Wir gehen bei der Erörterung aus von dem allgemeinen Grundsatze, auf welchem die hier entwickelte Theorie basiert. „Schutz des Rechtes des Widersprechenden gegenüber dem Gläubiger unter der Voraussetzung, daß der Widersprechende ein relativ besseres Recht hat, als der Schuldner.“ Welche Rechte an sich dieses Schutzes genießen, ist soeben erörtert. Der allgemeine Gesichtspunkt, aus welchem diese Rechte den Schutz gewähren, ist der der Verfügungsgewalt. Diese Verfügungsgewalt ist entweder eine rechtliche oder thatsächliche, immer aber eine vom Rechte anerkannte und geschützte. Behauptet nun der Beklagte (Gläubiger), daß dem Schuldner gegenüber dem Widersprechenden eine bessere Verfügungsgewalt zusteht, so wird der Anspruch des Klägers im einzelnen Falle hinfällig, er wird elidiert. Ist z. B. der Widersprechende publizianisch berechtigt, der Schuldner aber Eigentümer der Sache, so schließt die exceptio dominii des Gläubigers den Widerspruch des Klägers aus, ist die widersprechende Ehefrau freilich Eigentümerin der gepfändeten Sache, steht dem Ehemanne und Schuldner kraft seiner ehelichen Rechte die ausschließliche Verfügung über die Sache zu, so muß dem Gläubiger eine exceptio doli gegeben werden. Es richtet sich also diese Einrede gegen das an sich begründete Widerspruchsrecht des Klägers und stützt sich dieselbe auf das bessere Recht **des Schuldners.**

Es giebt aber eine andere Verteidigung des Beklagten, welche sich auf sein eigenes Recht, also das Recht des Gläubigers, stützt. Ist die Erwerbshandlung, welche dem widersprechenden Kläger sein Recht an der Sache verschafft hat, eine solche, welche der Anfechtung des Gläubigers nach Maßgabe

des Gesetzes vom 21. Juli 1879 (betr. die Anfechtung von Rechtsverhandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens) unterliegt, so muß es dem Gläubiger freistehen, dieses Anfechtungsrecht im Wege der Einrede gegen die Widerspruchsklage geltend zu machen; denn nach § 7 leg. cit. kann der Gläubiger beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde. Es begehrt also der Gläubiger im vorliegenden Falle weiter nichts, als daß der Kläger sein Widerspruchsrecht aufgiebt, dann ist alles zurückgewährt.

Zweiter Abschnitt.

Das Zwangsvollstreckungsverfahren.

Erstes Kapitel.

Die leitenden Grundsätze des Verfahrens in der Zwangsvollstreckungsinstanz.

§ 20.

Die Zwangsvollstreckung und das Zwangsvollstreckungsverfahren. Begriffsbestimmung.

Mit dem Ausdrucke Zwangsvollstreckungsverfahren kann man ein doppeltes bezeichnen. Im weiteren Sinne versteht man darunter das gesamte Verfahren in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Gegensatze zu dem Verfahren bis zum vollstreckbaren Urteile (vgl. z. B. C.-Pr.-O. § 163). In diesem Sinne würde auch das im Zwangsvollstreckungsverfahren stattfindende Verfahren gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung hierher gehören, nicht minder aber auch das Verfahren, welches die Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne erst ermöglicht z. B. das Verfahren zum Zwecke der Erteilung der Klausel.

Im engeren und eigentlichen Sinne verstehen wir dagegen unter dem Zwangsvollstreckungsverfahren nur gerade das Verfahren, welches direkt und unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers bezweckt. In diesem Sinne spricht die Prozeßordnung von der „Zwangsvollstreckung" im technischen Sinne. Den Aus-

druck „Zwangsvollstreckungsverfahren“ gebraucht die Civilprozeßordnung überhaupt nicht.

Die Zwangsvollstreckung im technischen Sinne beginnt erst, wenn die Voraussetzungen des § 671 vorliegen, sie ist besonderen Organen überwiesen. Die hierüber geltenden Grundsätze werden in den folgenden Kapiteln besonders erörtert werden.

In diesem Kapitel sollen die leitenden Grundsätze des Zwangsvollstreckungsverfahrens im weiteren Sinne dargestellt werden. Dieses Verfahren umfaßt die gesamte Zwangsvollstreckungsinstanz. Diese beginnt, sobald nur das Zwangsvollstreckungsrecht des Gläubigers durch einen vollstreckbaren Schuldtitel festgestellt ist. Dieses Recht erzeugt den Zwangsvollstreckungsanspruch. Es fragt sich zunächst, wie wird dieser Anspruch aktuell, d. h. wie erreicht es der Gläubiger, daß das Vollstreckungsorgan diejenigen Mittel anwendet, welche geeignet sind, seine Befriedigung herbeizuführen?

Man muß hier unterscheiden zwischen den Fällen, in welchen die Befriedigung des Gläubigers ohne Mitwirkung des Schuldners nicht erfolgen kann, und solchen Fällen, wo es der Mitwirkung des Schuldners dazu nicht bedarf. Das letztere ist regelmäßig der Fall bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen sowie bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. In beiden Fällen richtet sich die Zwangsvollstreckung gegen das Vermögen des Schuldners, gegen seine Person nur insoweit, als eine Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides besteht. Der Anspruch auf die Vermögensexekution wird nun aktuell in dem Anspruche des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel. Darüber wird besonders gesprochen werden.

Erfolgt die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen des Schuldners (C.-Pr.-O. §§ 773 bis 775), so ist hier die Mitwirkung des Schuldners immer erforderlich. Die Zwangsvollstreckung würde also immer gegen die Person des Schuldners gerichtet sein. Von einem Zwangsvollstreckungsakt im eigentlichen Sinne würde man hier also nur dann sprechen können, wenn in dem Verfahren der Schuldner

durch einen unmittelbar gegen seine Person gerichteten Zwang zur Leistung angehalten, angestellt wird, zur Unterlassung genötigt wird. — Wie nun aber bereits dargelegt ist, vermeidet die Prozeßordnung solchen Zwang da, wo der Erfolg — die Befriedigung des Gläubigers — auch ohne diesen Zwang erreicht werden kann (§ 773), sowie auch da, wo dieser Zwang gegen einen unvermögenden Schuldner sich richten würde. Im letzteren Falle giebt es gar kein Zwangsmittel, im anderen Falle nur ein Surrogat, die Möglichkeit der Selbstbefriedigung des Gläubigers. In anderen Fällen (§ 774) findet freilich ein Vollstreckungsverfahren — d. h. ein unmittelbar gegen die Person des Schuldners gerichtetes Verfahren — statt, jedoch setzt die Anwendung der gegebenen Mittel zunächst ein Vorverfahren, in welchem über die Zulässigkeit der Mittel erkannt wird, voraus. — Endlich in dem Falle — wo es sich um Unterlassungen des Schuldners handelt (§ 775) — ist der Natur der Sache nach nur zweierlei möglich, entweder der Schuldner wird wegen Zuwiderhandlungen bestraft, oder er wird durch Gewalt von Zuwiderhandlungen zurückgehalten. Jenes ist kein Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern wiederum nur — wie im Falle des § 773 — ein Notbehelf, ein Surrogat. Dieses dagegen ist ein eigentlicher Vollstreckungsakt.

Die Prozeßordnung hat nun dasjenige Verfahren, welches die Zwangsvollstreckung ersetzen soll (C.-Pr.-O. §§ 773, 775), sowie dasjenige Verfahren, welches den Vollstreckungsakt vorbereitet, in konsequenter Durchführung des Gedankens, daß nur die Vollstreckungsakte im eigentlichen Sinne vor die Vollstreckungsorgane gehören, vor das Prozeßgericht gewiesen. Die betr. vom Prozeßgerichte zu erlassenden Entscheidungen bereiten die Zwangsvollstreckung in derselben Weise vor, wie das für das Gebiet der eigentlichen Zwangsvollstreckung durch die Erteilung der Klausel geschieht. Wie im letzten Falle die endliche Entscheidung über das Vorhandensein der Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit dem Prozeßgerichte überwiesen ist, so hat auch in den Fällen der §§ 773—775 das Prozeßgericht darüber zunächst zu entscheiden, ob die Zwangsmittel resp. in welchem Maße die-

selben angewendet werden können, resp. ob das Urteil im Sinne der §§ 773 und 775 in der Weise vollstreckbar ist, daß die Surrogatmittel eintreten können oder sollen, oder ob der direkte Zwang nach § 777 zulässig ist.

Endlich ist dann noch auf das Aushülfemittel der Interessenforderung des 778 der C.-Pr.-O. zu verweisen. Auch diese Klage gehört zum Zwangsvollstreckungsverfahren im weiteren Sinne, da sie in der Exekutionsinstanz anhängig gemacht wird.

Wir haben nun zunächst die allgemeinen Grundsätze für das Verfahren in der Vollstreckungsinstanz — abgesehen von der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne — darzustellen (§ 21), darauf von dem Verfahren auf Erteilung der Klausel (§ 22), sodann von dem Verfahren aus § 776 und 778 d. C.-Pr.-O. (§ 23) und endlich von dem Verfahren wegen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung (§ 24) zu sprechen, worauf wir uns in den flgg. Kapiteln zu der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne wenden.

§ 21.
Allgemeine Grundsätze des Verfahrens in der Zwangsvollstreckungsinstanz.

Die Grundsätze dieses Verfahrens sind verschieden, je nachdem das betr. Vorbringen der Partei im Wege der Klage (§§ 667, 686 [687, 696] 690, 710, 778) zu verfolgen ist oder nicht. Im ersteren Falle kann die Entscheidung nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung erfolgen, im anderen Falle ist die mündliche Verhandlung nur fakultativ,

vgl. Hoffmann, die sog. fakultative mündliche Verhandlung in Gruchot, Beitr. Bd. 24, S. 730—749.

Es kann nicht die Aufgabe gegenwärtiger Darstellung sein, die allgemeinen Grundsätze für beide Verfahrensarten hier zu geben, es müssen dieselben als bekannt vorausgesetzt werden, nur auf flgg. Besonderheiten ist aufmerksam zu machen:

1) Auf das Verfahren in der Zwangsvollstreckungsinstanz

sind die Gerichtsferien ohne Einfluß. (G.-V.-G. § 204.) In diesem weiteren Sinne verstehen wir den Ausdruck Zwangsvollstreckungsverfahren" im cit. § 204. Die Zusammenstellung mit dem Konkursverfahren scheint uns ohne weiteres hierauf zu führen. Dafür, daß die Vollstreckungsklausel in den Ferien zu erteilen ist, hat sich bereits das O.-L.-G. zu Jena in der bei Seuffert, Entsch. Bd. 39 nr. 170 abgedruckten Entscheidung ausgesprochen.

2) Die Zuständigkeit ist in den einzelnen Fällen besonders geregelt, häufig ist das Prozeßgericht erster Instanz für zuständig erklärt, in anderen Fällen entscheidet wieder der Ort des Vollstreckungsverfahrens. Im allgemeinen wird man sagen können, daß die Prozeßordnung die Frage, ob ein Schuldtitel vollstreckbar ist oder nicht — also die Prüfung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung — vor das Prozeßgericht erster Instanz verweist, dagegen die Entscheidung über die Rechte resp. den Widerspruch dritter gegen das Verfahren an das Gericht des Ortes der Zwangsvollstreckung verweist. Die einzelnen Zuständigkeitsnormen sind bei den einzelnen Fällen darzustellen. Hier nur die allgemeine Bemerkung, daß die in der Zwangsvollstreckungsinstanz verordneten Gerichtsstände ausschließliche sind (C.-Pr.-O. § 707).

3) Nach § 77 der C.-Pr.-O. ermächtigt die Prozeßvollmacht auch zu den Prozeßhandlungen, welche durch die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden, m. a. W. sie erstreckt sich auf die gesamte Zwangsvollstreckungsinstanz und ergreift damit auch alle in der Instanz entstehenden neuen Prozesse.

4) Eine im Zwangsvollstreckungsverfahren vorzunehmende Sicherheitsleistung ist immer durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Wertpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Sicherheit gewähren. (C.-Pr.-O. § 101), da in den in dieser Instanz vorkommenden Fällen (§§ 647, 650, 652, 657, 688, 690) dem freien richterlichen Ermessen kein Spielraum gelassen ist.

5) Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung (C.-Pr.-O. §§ 110

Abs. 1). Es fragt sich, ob damit das Armenrecht auch auf die in der Zwangsvollstreckungsinstanz entstehenden neuen Rechtsstreite sich erstreckt. Ich bejahe diese Frage. Nach dem ursprünglichen Entwurfe der C.-Pr.-O. (§ 107) sollte die Bewilligung des Armenrechts für den ganzen Rechtsstreit einschließlich der Zwangsvollstreckung erfolgen. Es kann meines Erachtens nicht zweifelhaft sein, daß mit dieser Ausdrucksweise auch die in der Zwangsvollstreckungsinstanz entstehenden Rechtsstreite, welche ja insofern als Fortsetzung des Hauptverfahrens sich darstellen, als sie die Ausführung des erlassenen Urteils ermöglichen oder sich gegen diese Ausführung auf Grund neuer Thatsachen wenden, gemeint sind. Wenn jetzt auf Antrag der Reichstagsjustizkommission die Bewilligung des Armenrechts für jede Instanz besonders erfolgt, so hat das nur Bedeutung, daß für die Rechtsmittelinstanz eine besondere Prüfung über die Zulassung zum Armenrechte erfolgen soll, und ergiebt sich aus der Fassung des § 110 Abs. 1, daß die Prozeßordnung das Verfahren in der Exekutionsinstanz als zur ersten Instanz gehörig betrachtet. Ist also der Partei für die erste Instanz das Armenrecht erteilt, so bedarf es, falls sie in der Exekutionsinstanz neue Klagen erheben oder sich gegen solche verteidigen will, einer neuen Bewilligung des Armenrechts für diese Partei nicht.

6) Die Frage, wer die in dem Zwangsvollstreckungsverfahren entstandenen Kosten zu tragen hat, beantwortet sich verschieden, je nachdem diese Kosten durch die Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne oder überhaupt im Zwangsvollstreckungsverfahren entstehen:

a. Für den ersten Fall gilt der § 697 d. C.-Pr.-O. Diese Kosten sind mit jedem Zwangsvollstreckungsakte durch das betreffende Organ von Amtswegen vom Schuldner einzuziehen und zwar gleichzeitig mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche. Die Kosten sind dem Schuldner zu erstatten, wenn die Entscheidung, aus welcher die Zwangsvollstreckung erfolgt ist, wieder aufgehoben wird. Erstattungspflichtig ist der Gläubiger, nicht der Empfänger der Kosten (Mot.). — Findet sich der Schuldner durch den Ansatz der Kosten beschwert, so entscheidet, wenn der Gerichtsvollzieher die Kosten berechnet

hat, das Vollstreckungsgericht (§ 685 Abs. 2), sonst das Beschwerdegericht.

b. Entstehen in dem Zwangsvollstreckungsverfahren besondere Rechtsstreitigkeiten, so ist über die Kosten nach den allgemeinen Grundsätzen der § 87 flgg. zu entscheiden. Auch die Kosten der vom Gerichtsschreiber erteilten Klausel gehören nicht zu den Kosten der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne, für diese Kosten ist also § 697 d. C.-Pr.-O. nicht maßgebend. Sie fallen vielmehr unter den § 87 d. C.-Pr.-O., sind also vom Prozeßgerichte mit den Kosten des Rechtsstreites festzustellen, da ein besonderes Verfahren mit besonderer Entscheidung nicht stattfindet.

7) Nach § 163 d. C.-Pr.-O. sind als zur Instanz gehörig im Sinne des § 162 („Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen") anzusehen diejenigen Prozeßhandlungen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Soweit nun dieses neue Verfahren, gleichgültig ob mündliche Verhandlung obligatorisch oder fakultativ ist, vor das Prozeßgericht erster Instanz gewiesen ist, muß auch die Zustellung an den Bevollmächtigten dieser Instanz erfolgen. Es muß also auch dann, wenn neue Klagen aus § 667, 686, 778 erhoben werden, die Zustellung der Klagschrift schon an den Bevollmächtigten erster Instanz erfolgen. Anders allerdings in den Fällen der §§ 690 und 710, auf welche Fälle § 163 nicht paßt.

8) Welche Rechtsmittel gegen die Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren zulässig sind, richtet sich darnach, ob mündliche Verhandlung obligatorisch ist oder nicht. Im ersteren Falle gelten lediglich die allgemeinen Grundsätze, während für den letzteren Fall das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (C.-Pr.-O. § 540) das einzig zulässige Rechtsmittel ist (C.-Pr.-O. § 701).

§ 22.

Das Verfahren bei Erteilung der Vollstreckungsklausel.

Über die prozessualische Bedeutung der Vollstreckungsklausel, deren Form und Inhalt ist bereits oben im § 4 gesprochen worden. Ohne Vollstreckungsklausel keine Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne. Dieser Satz findet nur eine Ausnahme: Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren bedürfen regelmäßig der Vollstreckungsklausel nicht. In diesem Falle findet also auch ein Verfahren auf Erteilung der Klausel in der Regel nicht statt, vielmehr hat der Vollstreckungsbefehl schon die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung implicite ausgesprochen (C.-Pr.-O. § 704 Abs. 1, wo auch die Ausnahmen angegeben sind). — Im übrigen gilt der Satz:

> „Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des „Schuldtitels (vollstreckbare Ausfertigung)." C.-Pr.-O. § 662 Abs. 1.

Wir haben hier nun

1) die Frage, wer die Vollstreckungsklausel zu erteilen hat, für die verschiedenen Schuldtitel zu erörtern:

a. Die Klausel wird für die im civilprozessualischen Verfahren erlassenen gerichtlichen Entscheidungen (§ 3 sub 1 a. und 1 b. nr. 1 u. 2) von dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichtes erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts erteilt (§§ 662 Abs. 2, 703).

b. Für die strafgerichtlichen Entscheidungen (§ 3 sub 1 b. nr. 3) wird die vollstreckbare Entscheidung in derselben Weise von dem Gerichtsschreiber der ersten resp. der höheren Instanz, in welcher die Strafsache anhängig ist, erteilt (Str.-Pr.-O. § 495. C.-Pr.-O. § 662, Abs. 2).

c. Ist der Schuldtitel eine Entscheidung des Ehrengerichts für Rechtsanwälte (§ 3 sub 1 b. nr. 4), so erfolgt die Vollstreckung der eine Geldstrafe aussprechenden Entscheidung auf Grund einer von dem Schriftführer des Vorstandes erteilten mit

der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen beglaubigten Abschrift der Entscheidungsformel, ebenso die die Kosten festsetzende Verfügung. C.-P.-O. § 662 findet also hier keine Anwendung (R.-A.-O. § 97).

d. Für gerichtliche Vergleiche (§ 3 sub 2 Nr. 1 u. 2. C.-P.-O. § 702 Nr. 1 u. 2) findet die Vorschrift des § 662 Abs. 2 (oben sub a) entsprechende Anwendung (§ 703).

e. Ist der Schuldtitel ein konkursrechtlicher (§ 3 sub 2 Nr. 3 u. 4), so hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts die Klausel zu erteilen (Konk.-Ordn. § 152 Abs. 2 cfr. § 179 und 192).

f. Die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher Urkunden (§ 3 sub 2 Nr. 5) wird von dem Gerichtsschreiber desjenigen Gerichts erteilt, welches die Urkunde aufgenommen hat, die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden (§ 3 das.) von dem Notar, welcher die Urkunde verwahrt resp. von der Behörde, wenn bei einer solchen die Urkunde verwahrt wird (C.-P.-O. § 705 Abs. 1 u. 2).

g. Die vollstreckbare Ausfertigung landesrechtlicher vollstreckbarer Schuldtitel (§ 706) wird von der in der Landesgesetzgebung bezeichneten Behörde resp. Beamten erteilt.

2) Für die Form, in welcher der Antrag zu stellen ist, giebt es im Reichsgesetze keine Bestimmungen. Die nach den Landesverordnungen für den Verkehr mit den sub a.—g. bezeichneten Beamten und Behörden vorgeschriebenen Regeln und Geschäftsordnungen sind hierfür maßgebend. Das gilt auch für die Gerichtsschreibereien (G.-V.-G. § 154).

3) Ob resp. in welchem Umfange dem Gläubiger ein Beschwerderecht gegen die abweisende Verfügung auf den Antrag auf Erteilung der Klausel zusteht, bestimmt sich nach dem allgemeinen Reichs- resp. Landesrecht. Besondere Bestimmungen hierüber hat die Prozeßordnung nicht getroffen. Ist die Klausel vom Gerichtsschreiber zu erteilen, so ist das Beschwerderecht nach § 539 der C.-P.-O. zu bemessen. Für Notare und andere Behörden entscheiden die partikularrechtlichen Normen.

4) Wie bereits im § 4 dargethan, hat der Gerichtsschreiber

in der Regel auf Grund seiner eigenen, aus den Akten vorzunehmenden Prüfung zu entscheiden. Dann bedarf es eines weiteren Verfahrens nicht. Aus den Akten resp. aus der Vorlage des Schuldtitels ergiebt sich ohne weiteres, ob die Klausel erteilt werden kann oder nicht. In den Ausnahmefällen der §§ 664 und 665 der C.-P.-O. — vgl. § 4 sub 1 u. 2 — kann jedoch die Klausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden. In diesen Fällen ist ein Gehör des Gegners nicht ausgeschlossen.

5) In allen Fällen, wo der Gerichtsschreiber — sei es ohne oder mit Anordnung des Vorsitzenden — die Klausel erteilt, steht es dem Schuldner, gegen welchen die Klausel erteilt ist, frei, auf die Entscheidung des Prozeßgerichts nach § 668 der C.-P.-O. zu provozieren. Wird auf den Antrag vom Prozeßgerichte im Sinne des Antragstellers entschieden, so wird damit die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der erteilten Klausel ausgesprochen. Da diese Entscheidung vollstreckbar ist, so wird dadurch nach § 691 Nr. 1 resp. 692 das Verfahren eingestellt resp. wieder aufgehoben.

Die Entscheidung hat das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Klausel erteilt ist, zu erlassen, gleichgültig, ob dieses Gericht Civilgerichtsbarkeit hat oder nicht, also gegebenen Falles das Civilprozeßgericht, das Strafprozeßgericht, das Gericht freiwilliger Gerichtsbarkeit, das Konkursgericht. Ist die Klausel für eine notarielle Urkunde erteilt, so entscheidet das Amtsgericht, in dessen Bezirke der verwahrende Notar oder die verwahrende Behörde ihren Amtssitz hat (§ 705 Abs. 3). Ist dagegen der Schuldtitel eine Entscheidung des Ehrengerichts für Rechtsanwälte (oben § 3 sub 1 b Nr. 4), so findet § 668 keine Anwendung, da auch § 662 ausgeschlossen ist.

Die Entscheidung kann in allen zulässigen Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen (§ 668 Abs. 1). Es kann deshalb gegen die Entscheidung das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde ergriffen werden (§ 701). Als Beschwerdegericht entscheidet das nach dem Gerichtsverfassungsgesetze resp.

dem Landesrechte (im Falle gerichtlicher Urkunden) zuständige Gericht.

6) Das nach den Erörterungen sub 5 zur Entscheidung berufene Gericht kann vor der Entscheidung auch ohne Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, es kann anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei. — Gleiche Befugnis steht dem Beschwerdegerichte resp. dessen Vorsitzenden zu (C.-P.-O. § 535 Abs. 2 u. 3).

7) In den Ausnahmefällen der §§ 664 und 665 bleibt dem Schuldner neben dem Beschwerderecht noch der Weg der Klage aus § 687 der C.-P.-O. Die Kehrseite dieser Klage ist das dem Gläubiger nach § 667 in den gleichen Fällen beigelegte Klagerecht auf Erteilung der Klausel. Die Rechtskraft des einen Urteils schließt das andere Urteil aus.

Für dieses Verfahren gelten die bereits oben § 21 dargelegten Grundsätze. Es sind hier jedoch noch folgende Punkte zu besprechen:

a. Die Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich nach § 667 dahin, daß die Klage ausschließlich beim Gerichte erster Instanz zu erheben ist. Ist der vollstreckbare Schuldtitel ein Vollstreckungsbefehl, so richtet sich die sachliche Zuständigkeit nicht nach dem Werte des jetzigen Streitgegenstandes, sondern darnach, ob für den Anspruch, für welchen der Zahlungsbefehl erlassen war, an und für sich das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig gewesen wäre. Vor dieses Gericht gehört auch die neue Klage (C.-P.-O. § 704 Abs. 3). — Bei gerichtlichen oder notariellen Urkunden ist für die Klage das Gericht zuständig, bei welchem der Schuldner im deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat oder in Ermangelung eines solchen das Gericht, bei welchem in Gemäßheit des § 24 C.-P.-O. gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann (C.-P.-O. § 705 Abs. 5). Wir entnehmen aus diesen Bestimmungen, daß das Gesetz die neue Klage als im überwiegenden Zusammenhange mit der ersten Klage resp. mit dem Rechtsverhältnisse, welchem diese Klage entsprungen ist, sich denkt, und deshalb die

Zuständigkeit dahin verweist, wo dieses Rechtsverhältnis bereits entschieden ist resp. der Regel nach zu entscheiden wäre, nämlich in foro communi des Schuldners, des neuen Klägers. Da der Grund des Gesetzes ein dieser besonderen Natur der Klage angemessener ist, so wird man nicht fehlgehen, wenn man das im § 705 Abs. 5 bestimmte Forum auch da für ausschließlich zuständig hält, wo — wie das in den Fällen des § 3 sub 1 b Nr. 3 oben vorkommen kann — gar kein (Civil-) Prozeßgericht I. Instanz vorhanden ist.*) — Ist der Schuldtitel ein konkursrechtlicher (oben § 3 sub 2 Nr. 3 und 4), so ist für die Klage das Amtsgericht, bei welchem der Konkurs anhängig ist, und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschließlich zuständig, zu dessen Bezirk der Bezirk des Konkursgerichts gehört (K.-O. § 152 Abs. 3, 179, 192).

b. Kläger ist entweder der im Schuldtitel genannte Gläubiger oder derjenige, welcher als Rechtsnachfolger dieses Gläubigers nunmehr für sich Gläubigerrechte in Anspruch nimmt. Beklagter ist der im Schuldtitel genannte Schuldner oder derjenige, welcher nach der Behauptung des Klägers als Rechtsnachfolger des Schuldners den Anspruch zu erfüllen hat.

c. Die Klage bezweckt, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung herbeizuführen. Ist das Urteil demgemäß ergangen, also durch vollstreckbare Entscheidung festgestellt, daß die Vollstreckungsklausel dem Kläger für den betr. Schuldtitel zu erteilen ist, so hat nunmehr der Gerichtsschreiber auf Anordnung des Vorsitzenden event. der Notar oder die Behörde, nachdem dieser eine Ausfertigung der Entscheidung vorgelegt ist, die Klausel zu erteilen.

d. Zur Sicherung der demnächstigen Zwangsvollstreckung sind Arrest und einstweilige Verfügungen nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig.

---

*) Vgl. z. B. S. 110 not. *.

§ 23.

Das Verfahren aus § 776 und 778 der C.-P.-O.

1) Nach § 776 der C.-P.-O. findet das Verfahren ohne Zwang zur mündlichen Verhandlung statt. Das Gericht hat jedoch vorher den Schuldner zu hören. Es kann dazu mündliche Verhandlung anordnen oder schriftliche Erklärung freilassen. In beiden Fällen wird die Entscheidung auf Grund der Akten in Beihalt des schriftlichen und mündlichen Vorbringens erlassen.

Die Form des Antrages richtet sich darnach, ob das Prozeßgericht ein Kollegialgericht oder ein Amtsgericht ist. Im ersteren Falle besteht Anwaltszwang, im anderen Falle findet auch § 457 Anwendung.

Zuständig ist immer das Prozeßgericht erster Instanz.

Die ergehende Entscheidung ist nach § 702 Nr. 3 sofort vollstreckbar.

2) Nach § 778 findet das ordentliche Verfahren auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung statt.

Auch hier ist das Prozeßgericht erster Instanz ausschließlich zuständig.

Während das Verfahren aus § 776 ebenso wie das Verfahren auf Erteilung der Klausel die eigentliche Zwangsvollstreckung erst ermöglichen, die Zulässigkeit der in den §§ 773 bis 775 C.-P.-O. angedrohten Zwangsmittel in bestimmtem Maße aussprechen soll, schafft das Verfahren aus § 778 nur einen Ersatz für die versagenden Zwangsmittel. Selbstverständlich ist, daß es in beiden Fällen der Beibringung einer Vollstreckungsklausel nicht bedarf; denn das Prozeßgericht hat hier selbständig die Voraussetzungen für die Erteilung des Verfahrens zu prüfen. Die Vollstreckungsklausel hat — wie bereits oben § 4 hervorgehoben — lediglich Bedeutung für die besonderen Vollstreckungsorgane, mithin für das Gebiet der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne; im gegenwärtigen Falle würde sie also erst zu erteilen sein für die in dem Verfahren aus § 776 resp. 778 der C.-P.-O. *erlassene* Entscheidung, *nicht dagegen* zum *Zwecke der zu erlassenden Entscheidung.*

§ 24.

Das Verfahren zwecks Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung.

Dieses Verfahren findet im Falle der Einreden des Schuldners aus § 686 (resp. 687 und 696), sowie im Falle des Widerspruchs Dritter nach § 690 (vgl. oben drittes und viertes Kapitel des ersten Abschnittes) statt.

In beiden Fällen ist die mündliche Verhandlung obligatorisch; im übrigen gelten die gleichen bereits oben § 21 dargelegten Grundsätze, soweit dort keine Abweichungen hervorgehoben sind. Jedoch ist die Zuständigkeit verschieden geregelt:

1) Für die Klagen aus § 686 der C.-P.-O. ist das Prozeßgericht erster Instanz ausschließlich zuständig. Für den Fall, daß der Schuldtitel ein Vollstreckungsbefehl (C.-P.-O. § 704 Abs. 2), eine gerichtliche oder notarielle Urkunde (§ 705 Abs. 5) oder ein konkursrechtlicher (K.-O. § 152 Abs. 3) ist, gelten die oben § 22 sub 7 a dargelegten Kompetenzvorschriften. Ist der Schuldtitel ein strafrechtlicher, so dürfte auch hier die analoge Anwendung der Bestimmung im § 705 Abs. 5 der C.-P.-O. nicht abzuweisen sein aus den bereits oben pag. 108 hervorgehobenen Gründen. Der Grundsatz actor sequitur forum rei trifft hier nicht zu, im Gegenteil, der Schuldner soll in seinem foro klagen. *)

2) Für die Widerspruchsklage aus § 690 C.-P.-O. bestimmt sich die Zuständigkeit nach dem Orte, wo das anzufechtende Zwangsvollstreckungsverfahren stattfindet. Das für diesen Ort zuständige Amts- oder Landgericht ist anzugehen. Der Ort, wo das Verfahren stattfindet, wird sich in der Regel ohne besondere Schwierigkeiten bestimmen. Nur für den Fall, wenn die Zwangsvollstreckung einer Forderung oder eines anderen Vermögensrechtes durch Pfändung erfolgt, kann man

*) Vgl. über einen solchen Fall die Entsch. d. O.-L.-G. zu Rostock in der Meckl. Zeitsch. f. Rechtspflege Bd. II. pag. 103, bei welcher Entscheidung allerdings der obige Gesichtspunkt nicht geltend gemacht ist.

zweifelhaft sein, ob die Pfändung nach § 730 Abs. 3 C.-P.-O. als an demjenigen Orte erfolgt anzusehen ist, wo dem Drittschuldner der Pfändungsbeschluß zugestellt ist, oder ob man nicht auf Grund von § 729 Abs. 1 C.-P.-O. annehmen muß, daß die Pfändung am Orte des Vollstreckungsgerichtes erfolgt,

vgl. Entsch. des Reichsger. v. 17. Oktober 1884.
i. S. B. A. c/a U. K. v. L. (Beilage zum Reichsanzeiger v. 2. Februar 1885.)

Man wird sich mit dem Reichsgericht für die letztere Alternative entscheiden müssen, da die Thätigkeit des Vollstreckungsgerichtes den Akt der Pfändung erschöpft, und dies allein für die Bestimmung der Frage, wo der Akt vorgenommen ist, in Betracht kommt, nicht aber der Umstand, ob auch die weiteren Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Aktes vorliegen.

Das auf die Klagen ergehende Urteil ist entweder ein abweisendes oder ein bejahendes. Im ersteren Falle hat es auf den Gang des Verfahrens keinen Einfluß, im anderen Falle erklärt es die Zwangsvollstreckung für unzulässig (ganz oder teilweise). Ist das Urteil vollstreckbar — d. h. rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar*) erklärt — so erlangt der Kläger durch Vorlegung einer Ausfertigung des Urteils die Einstellung des Verfahrens und die Wiederaufhebung der etwa schon erfolgten Vollstreckungsmaßregeln (C.-Pr.-O. § 691 sub 1, 692). Ist das Urteil nicht vollstreckbar, so kann der Richter gemäß § 689 der C.-Pr.-O. eine einstweilige Anordnung treffen (resp. eine bereits nach § 688 erlassene Anordnung bestätigen), dahin,

a) daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt werde,

oder b) daß die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde

und c) daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung**) aufzuheben seien.

Diese Anordnungen unterliegen der Berufung aber nicht

*) Denkbar ist dies in den Fällen der § 648 sub 1—3.

**) Im Falle des § 690 auch ohne Sicherheitsleistung.

der Revision, wie die Bezugnahme des § 689 auf § 656 ergiebt.

Diese einstweiligen Anordnungen können aber auch schon vor dem Urteile nach § 688 C.-Pr.-O. auf Antrag des Klägers getroffen werden. Der Kläger hat dann an das Gericht ein besonderes schriftliches Gesuch zu richten, worin er diese Anordnungen beantragt. Er hat die dasselbe begründenden Thatsachen glaubhaft zu machen. Die Entscheidung über diesen Antrag kann ohne mündliche Verhandlung und ohne Gehör des Gegners erfolgen. Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

Der Antrag kann selbstverständlich auch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Die nach § 689 resp. 688 Abs. 1 zulässigen Anordnungen des Prozeßgerichtes wirken auf den Beginn resp. die Einstellung des Verfahrens nach Maßgabe des § 691 nr. 2 resp. 692 der C.-Pr.-O.; darüber wird weiter unten gesprochen werden.

In dringenden Fällen — wenn also die Entscheidung des Prozeßgerichts ohne Gefahr nicht abgewartet werden kann — kann das Vollstreckungsgericht einstweilen unter Bestimmung einer Frist, binnen welcher die nach § 688 Abs. 1 zulässige Entscheidung des Prozeßgerichts beizubringen ist, das Verfahren einstellen. Das Vollstreckungsgericht ist also hier dasjenige Amtsgericht, welches entweder selbst als Vollstreckungsgericht fungiert, oder dasjenige Amtsgericht, welches nach § 685 berechtigt ist, dem fungierenden Gerichtsvollzieher Anweisungen zu erteilen. Daß es sich hier um weiter nichts als um eine vorläufige Einstellung des Verfahrens durch amtliche Anweisung an den Gerichtsvollzieher handelt, ergeben die Motive zum Entwurfe der C.-Pr.-O. pag. 409 flg., insbesondere die dortige Bezugnahme auf den § 9 des Rechtshülfegesetzes vom 21. Juni 1869. Ist die vom Vollstreckungsgerichte gesetzte Frist verlaufen, ohne daß diesem resp. dem Vollstreckungsbeamten die bezügliche Anordnung des Prozeßgerichts vorgelegt wird, so muß das Verfahren von Amtswegen fortgesetzt werden.

Zweites Kapitel.

Die Organe der Zwangsvollstreckung.

§ 25.

Der Gerichtsvollzieher. Seine amtlichen Rechte und Pflichten.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch die Gerichtsvollzieher. Um die Stellung des Gerichtsvollziehers, seine Pflichten und Rechte richtig würdigen zu können, erscheint es angemessen, mit den Motiven zum Gerichtsverfassungsgesetze auf die geschichtliche Entwicklung dieses Instituts im Zusammenhange mit den Vorschriften der verschiedenen in Betracht kommenden Prozeßgesetzgebungen näher einzugehen.

Das Institut der Gerichtsvollzieher hat seinen Ursprung in Frankreich. Unter der napoleonischen Herrschaft in den Rheinlanden eingeführt, hat dasselbe in der neueren Zeit in Bayern und in Hannover — hier jedoch in wesentlich modifizierter Gestalt — Eingang gefunden.

I. Die Huissiers in Frankreich und in den Rheinlanden.

Nach dem französischen Recht steht die Einrichtung der Gerichtsvollzieher (huissiers) im engsten Zusammenhange mit dem in aller Schärfe durchgeführten Grundsatze der sog. Passivität der Gerichte. Die Gerichte sind mit der Urteilsvollstreckung nicht befaßt, sie sind im Ganzen und Großen nur Spruchgerichte. In Civilprozeßsachen ist die Urteilsvollstreckung lediglich Sache der Partei selbst, ohne daß eine Mitwirkung des Richteramtes stattfindet. Da indessen die Vollstreckung nur unter der Autorität eines Organs der Staatsgewalt in Vollzug gesetzt werden kann, so sind in den huissiers besondere öffentliche Beamte bestellt, welche unabhängig von den Gerichten kraft eigener Amtsgewalt unter selbständiger Prüfung und Verantwortlichkeit im Auftrage der Parteien handeln.

Den Gerichtsvollziehern liegt ausschließlich der gesamte Zwangsvollzug auf unmittelbares Angehen der Partei ob. Sie üben hinsichtlich der gesprochenen Urteile unter eigener selbständiger Prüfung die vollstreckende Gewalt, und die Thätigkeit des Gerichts tritt nur ein, wenn auf Anrufen des Schuldners die Regelmäßigkeit, die Zulässigkeit oder der Grund der Vollstreckung Gegenstand eines Streites zwischen den Parteien wird.

II. Die causae cognitio der Huissiers.

Wie sub I dargelegt, sind die Huissiers besondere, mit dem Gerichte nicht im unmittelbaren Zusammenhange stehende Beamte, welche auf unmittelbares Angehen der Parteien thätig werden. Unterscheiden sie sich hierdurch auch von den Gerichtsdienern oder Gerichtsboten, welche auf Anordnung des Gerichts und als Unterbeamte desselben zu fungieren haben, so würde man doch fehlgreifen, wenn man in diesem Unterschiede die wesentliche Differenz zwischen beiden Kategorien von Beamten sehen wollte. Das Charakteristische des Instituts der Huissiers im Gegensatze zu denjenigen der Gerichtsdiener oder Gerichtsboten beruht vielmehr vorzugsweise auf der den Huissiers, den Gerichtsvollziehern, überwiesenen causae cognitio. Die Huissiers sind selbständige, von den Gerichten unabhängige, mit eigener Amtsgewalt ausgerüstete Beamte, welche nach eigenem Urteil kraft ihres Amtes zu prüfen haben, ob die Ausführung eines Auftrages der Partei, namentlich die Ausführung einer Vollstreckungshandlung zulässig ist oder nicht.

Nach französischem Recht ist die Prüfung und Beurteilung, welche dem Gerichtsvollzieher selbständig übertragen ist, eine so umfangreiche und schwierige, daß derselben nur Beamte von umfassenden Rechtskenntnissen und praktischer Gewandtheit gewachsen sein können, zumal die vollstreckbaren Ausfertigungen der Urteile erteilt werden ohne alle Prüfung, ob darauf nach prozessualen Grundsätzen ein Zwangsvollzug gegründet werden kann oder nicht. Der Gerichtsvollzieher hat aus Voraussetzungen, welche außerhalb des Urteils selbst liegen, die Zulässigkeit der Vollstreckung zu prüfen. Ebenso liegt die Sache nach der

bayrischen Prozeßordnung, eine Abschwächung des Systems zeigt sich dagegen in Hannover. Hier kommt in Betracht, daß die Vollstreckungsklausel nur erteilt werden darf, wenn das Urteil rechtskräftig oder ausdrücklich für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, oder sonstige Fälle vorliegen, welche ausnahmsweise die vorläufige Vollstreckbarkeit begründen. — Die Prüfung der Frage, ob die Vollstreckbarkeit des Urteils gegeben ist, fällt daher zum größten Teil dem Gerichtsschreiber anheim, der Gerichtsvollzieher hat nur zu prüfen, ob etwaige judikatmäßige Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung — Bedingung, Zeit, Gegenleistung — eingetreten sind oder nicht, und ob die Exekution zulässig ist, wenn deren Vollstreckung für oder gegen Rechtsnachfolger der Parteien nachgesucht wird.

Es leuchtet ein, daß die Stellung und Organisation der Gerichtsvollzieher wesentlich davon abhängig ist, in welchem Umfange die Prozeßordnungen den Gerichtsvollziehern die causae cognitio übertragen, und hierauf beruht auch der Unterschied in der Stellung der französischen und bayrischen Gerichtsvollzieher einerseits und der hannoverschen Gerichtsvögte anderseits. In Hannover ist die Kognition eine beschränkte; die Folge ist, daß der Umfang der Kenntnisse der Gerichtsvögte kein so weiter zu sein braucht, als wie am Rhein, daß daher der Kreis der Personen, aus denen die Gerichtsvögte entnommen werden, im wesentlichen derselbe ist, welcher die Gerichtsdiener und Gerichtsboten liefert, und daß demgemäß die Stellung derselben eine völlig andere sein muß, als wie sich am Rhein entwickelt hat.

III. Der preußische, hannoversche und norddeutsche Entwurf einer Civilprozeßordnung.

Bei Regelung des Vollstreckungsverfahrens folgt der preußische Entwurf dem hannoverschen System. Der hannoversche Entwurf schränkt die causae cognitio des Gerichtsvollziehers noch mehr ein als die hannoversche Prozeßordnung. Ebenso der norddeutsche Entwurf.

IV. Die Vollstreckungsbeamten im Bereiche der deutschen Civilprozeßordnung.

Für die Übertragung der Zwangsvollstreckung an selbständige, ohne Leitung des Gerichts handelnde Organe sprechen nach den Motiven zum Entwurfe der C.-Pr.-O. dieselben Gründe, welche für die Selbstthätigkeit der Parteien im Betriebe des Prozesses und die Einführung selbständiger Zustellungsbeamten geltend gemacht sind, daneben aber auch die Notwendigkeit einer raschen und energischen Rechtshülfe, welche als der letzte Zweck einer rationellen Exekutionsgesetzgebung von dem deutschen Gesetzgeber um so mehr ins Auge gefaßt werden muß, als durch die Aufhebung der Schuldhaft und des Lohnarrestes die Exekutionsmittel des Gläubigers eine empfindliche Schmälernng erfahren haben. — Anderseits hat aber die notwendige Durchführung des Instituts in allen Teilen Deutschlands dahin geführt, die causae cognitio, welche den Gerichtsvollziehern bei der Vollstreckung obliegt, in solcher Weise zu beschränken, daß es überall in Deutschland erreichbar ist, zur Besetzung der erforderlichen Gerichtsvollzieherstellen das hinreichende und geeignete Material zu finden. Aus diesem Grunde bestimmt

> Ger.-Verf.-Ges. § 155: Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten (Gerichtsvollzieher) werden bei dem Reichsgerichte durch den Reichskanzler, bei den Landesgerichten durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.

Es ist dadurch ermöglicht, daß der einzelne Bundesstaat innerhalb des Rahmens der Prozeßordnungen das Institut so gestaltet, wie es nach den territorialen Verhältnissen und namentlich nach dem zu Gebote stehenden Material am zweckmäßigsten ist. Aus dieser indifferenten Stellung des Gesetzes gegenüber der Organisationsfrage ergiebt sich, daß der Begriff eines Gerichtsvollziehers im Sinne der Prozeßordnungen erst durch die Bestimmungen der Landesjustiz-

verwaltungen der einzelnen Bundesstaaten zur konkreten Gestaltung gebracht wird. Im Sinne der

C.-P.-O. § 674: Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben.

ist also Gerichtsvollzieher derjenige, welcher seitens der Landesjustizverwaltung (sei es unmittelbar oder mittelbar) **amtlich** angewiesen ist, Aufträge zur Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger anzunehmen und nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung zu erledigen. Ob ein solcher Beamter sonst den Amtstitel Gerichtsvollzieher führt oder nicht, oder welche amtliche Stellung derselbe sonst hat, ob er Gerichtsschreiber, Gerichtsdiener, Amtsanwalt oder sonstiger Beamter ist, ist gleichgültig.

Der Gerichtsvollzieher ist also Beamter der Landesjustizverwaltung mit selbständiger, von den Gerichten unabhängiger Amtsgewalt. Anderseits ist er aber in seinen amtlichen Funktionen nicht ohne weiteres der Justizverwaltung untergeben. Bezüglich seiner amtlichen Funktionen ist er dem Gesetze und nicht der Verwaltung unterstellt, insoweit also unterliegen seine Amtshandlungen der Entscheidung der Gerichte *) und nicht der Verwaltungsbehörde.

Das Gerichtsverfassungsgesetz bestimmt zunächst die Fälle, in welchen der Gerichtsvollzieher sich der Thätigkeit enthalten soll.

G.-V.-G. § 156: Der Gerichtsvollzieher ist von der Ausübung seines Amtes kraft Gesetzes ausgeschlossen:

I. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

1. wenn er selbst Partei oder gesetzlicher Vertreter einer Partei ist, oder zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Schadensersatzpflichtigen steht,

---

*) Zuständig ist das Vollstreckungsgericht, vgl. unten § 28 a. E. u. C.-P.-O. § 685.

2. wenn seine Ehefrau Partei ist, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht,
3. wenn eine Person Partei ist, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht.

Der Umfang der Geschäfte des einzelnen Gerichtsvollziehers, insbesondere der örtliche Sprengel seiner Kompetenz ist durch die von den Landesjustizverwaltungen erlassenen Gerichtsvollzieherordnungen bestimmt.

Die dem Gerichtsvollzieher nach der Civilprozeßordnung in dem Zwangsvollstreckungsverfahren überwiesene causae cognitio hat einen geringen Umfang, es kann in dieser Beziehung auf die Erörterungen im § 4 zurückverwiesen werden.

Nach der Civilprozeßordnung sind die Gerichtsvollzieher in dem Zwangsvollstreckungsverfahren sachlich zuständig zur Vornahme aller und jeder Vollstreckungshandlungen, soweit diese nicht dem Vollstreckungsgerichte überwiesen sind. Die Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers ist die Regel, diejenige des Vollstreckungsgerichts die Ausnahme. — Die besonders hervorgehobenen Fälle sind die folgenden:

1) Die Pfändung und Versteigerung beweglicher körperlicher Sachen (C.-P.-O. §§ 712—728),
2) die Pfändung und Veräußerung von Forderungen aus Wechseln und anderen Indossamentpapieren (C.-P.-O. § 732, §§ 722—724),
3) die Herausgabe von beweglichen und unbeweglichen Sachen, welche sich im Besitze des Schuldners befinden,
4) die Beseitigung des Widerstandes des Schuldners gegen die Vornahme einer Handlung, welche dieser nach den Bestimmungen der §§ 773, 775 zu dulden hat (C.-P.-O. § 777),
5) die Verhaftung des Schuldners, sofern die Vollstreckung nicht gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven

Marine angehörige Militairperson zu bewirken ist (C.-P.-O. 790, 793).

Die dem Gerichtsvollzieher bei Ausübung seines officii im Zwangsvollstreckungsverfahren beigelegten allgemeinen Befugnisse sind in den Bestimmungen der C.-P.-O. §§ 678, 679 enthalten. Darnach ist der Gerichtsvollzieher befugt, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners, soweit es der Zweck der Vollstreckung erfordert, zu durchsuchen, die verschlossenen Hausthüren, Zimmerthüren und Behältnisse öffnen zu lassen. Findet er Widerstand bei Ausübung seiner Befugnisse vor, so kann er Gewalt anwenden und zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen. Wegen militairischer Hülfe hat er sich dagegen an das Vollstreckungsgericht zu wenden (C.-P.-O. § 678).

Bei Ausübung seiner Befugnis hat der Gerichtsvollzieher bestimmte Grenzen hinsichtlich des Orts, der Zeit, sowie der Art und Weise zu beachten:

1) Wird eine Vollstreckungshandlung in der Wohnung des Schuldners vorgenommen, und ist der Schuldner oder eine zur Familie desselben gehörige oder in dieser Familie dienende erwachsene Person nicht gegenwärtig, so muß der Gerichtsvollzieher zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuziehen (§ 679).

2) Dieselbe Verpflichtung hat der Gerichtsvollzieher überall da, wo er bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand findet (§ 679). Er darf also den Widerstand nur unter Beobachtung dieser Vorschrift mit Gewalt (§ 678) überwinden.

3) Die Vollstreckungshandlungen sollen nicht zur Nachtzeit vorgenommen werden. Die Nachtzeit währt von 9 Uhr A. bis 4 U. resp. 6 U. M. (1. April bis 30. Septbr. resp. 1. Okt. bis 31. März). Soll eine Vollstreckungshandlung während der Nachtzeit vorgenommen werden, so bedarf es dazu der Erlaubnis des Amtsrichters, in dessen Bezirke die Handlung vorgenommen werden soll, und ist die die Erlaubnis erteilende Verfügung bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen (§ 681).

Beobachtet der Gerichtsvollzieher die Vorschriften sub 1—3 nicht, so befindet er sich **nicht** in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes (Str.-G.-B. § 113), seine Amtshandlungen sind unrechtmäßige, und erzeugen deshalb die ihnen im Falle der Rechtmäßigkeit beikommenden Wirkungen **nicht.**

4) Weitere allgemeine Vorschriften sind für das Verfahren des Gerichtsvollziehers nicht gegeben. Im einzelnen hat der Gerichtsvollzieher den für die bestimmte Vollstreckungshandlung erforderlichen Akt vorzunehmen, und über die Ausführung dieses Aktes an Ort und Stelle ein Protokoll aufzunehmen (C.-P.-O. § 682). Das Protokoll ist nur Beweisurkunde, die Wirkungen des Aktes bestehen also schon vor Aufnahme des Protokolles und ohne dasselbe.

Als Beweisurkunde fällt das Protokoll des Gerichtsvollziehers unter dem § 383 der C.-P.-O., unterliegt also hinsichtlich der Beweiskraft und des Gegenbeweises den Vorschriften dieses Paragraphen.

Das Protokoll muß enthalten

1) Ort und Zeit der Aufnahme;
2) den Gegenstand der Vollstreckungshandlung unter kurzer Erwähnung der wesentlichen Vorgänge;
3) die Namen der Personen, mit welchen verhandelt ist;
4) die Unterschrift dieser Personen und die Bemerkung, daß die Unterzeichnung nach vorgängiger Verlesung oder Vorlegung zur Durchsicht und nach vorgängiger Genehmigung erfolgt sei;
5) die Unterschrift des Gerichtsvollziehers.

Hat einem der unter Nr. 4 bezeichneten Erfordernisse nicht genügt werden können, so ist der Grund anzugeben (C.-Pr.-O. § 682). Das Protokoll muß ferner eine Berechnung der Gebühren und Auslagen enthalten, und falls die Gebühr nach Zeit berechnet wird, die Dauer der auf den Akt verwendeten Zeit (Geb.-Ordn. f. G.-V. § 23).

5) Der Gerichtsvollzieher hat seine amtlichen Funktionen, also auch die einzelnen Vollstreckungshandlungen selbst vorzunehmen. Das folgt aus seiner Stellung als Beamter. Das Verfahren gestaltet sich in dem einzelnen Falle nach denjenigen Vorschriften, welche für die einzelne Vollstreckungshandlung gegeben sind.

Im allgemeinen ist nur noch bestimmt, daß wenn zu diesen Vollstreckungshandlungen Aufforderungen oder sonstige Mitteilungen gehören, diese vor dem Gerichtsvollzieher mündlich zu erlassen und vollständig in das Protokoll aufzunehmen sind, sowie daß wenn solche mündliche Ausführung nicht erfolgen kann, eine Abschrift des Protokolles unter entsprechender Anwendung der §§ 158, 166—170 C.-Pr.-O. zuzustellen, oder falls die Person, an welche zuzustellen ist, am Orte der Zwangsvollstreckung nicht anwesend ist, durch die Post zu übersenden ist, und daß solches geschehen, zum Protokolle bemerkt werden muß. Ist dagegen der Aufenthalt der Person, welcher zugestellt werden soll, nicht bekannt, so unterbleibt die Zustellung, da eine öffentliche Zustellung nicht stattfindet (C.-Pr.-O. § 683).

Wie die Motive pag. 412 ergeben, ist die Vorschrift, daß der Gerichtsvollzieher den Aufforderungen und Mitteilungen (cfr. z. B. § 712 Abs. 3, 727 Abs. 3, 711 Abs. 2, nicht den von den Kommentatoren angezogenen § 744, welcher gar nicht hierher gehört) mündlich erlassen soll, falls dies möglich ist, im Interesse der Befreiung des Verfahrens von hemmender Weitläufigkeit gegeben, ohne daß dadurch die dem Schuldner gebührende Rücksicht verletzt werden soll. Die Vorschriften enthalten also das Minimum, was im Interesse des Schuldners geschehen soll. Thut der Gerichtsvollzieher mehr, macht er dem Schuldner schriftliche Mitteilung, wo mündliche genügt, stellt er zu, wo einfache Übersendung durch die Post genügt, so verletzt er das Verfahren nicht, wenn er auch keinen Anspruch auf die verursachten Mehrkosten hat.

Der Gerichtsvollzieher hat die nach § 683 Abs. 2 vorgeschriebene Zustellung auch dann zu besorgen, wenn er nur Voll-

streckungsbeamter und gar nicht, wie z. B. in Württemberg nach art. 29 Abs. 2 des Ausf.-Ges. z. G.-V.-G., Zustellungsbeamter ist. Das ergiebt die Fassung des Gesetzes, welches nur die Beachtung der §§ 158, 166—170 C.-P.-O. vorschreibt, dagegen nicht die Zustellung des Protokolles nach Vorschrift der allgemeinen Bestimmungen über Zustellungen anordnet.

6) Der Gerichtsvollzieher muß jeder Person, welche bei dem Zwangsvollstreckungsverfahren beteiligt ist, auf Begehren Einsicht seiner Akten gestatten und Abschrift einzelner Aktenstücke erteilen (§ 680).

Da es sich in diesem Falle weder um die Art und Weise der Zwangsvollstreckung noch um das bei derselben beobachtete Verfahren handelt, so entscheidet über eine etwaige Weigerung des Gerichtsvollziehers nicht das Vollstreckungsgericht (§ 685), sondern die vorgesetzte Dienstbehörde.

Bei der Zwangsvollstreckung beteiligt ist jeder, der ein rechtliches Interesse an der Durchführung resp. Nichtdurchführung hat, also auch der Dritte, welcher Rechte aus § 690 resp. 710 der C.-Pr.-O. verfolgt.

7) Der Gerichtsvollzieher erhält für seine Thätigkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren Gebühren und Erstattung der Auslagen nach Maßgabe der Geb.-Ordn. für Ger.-Vollzieher vom 24. Juni 1879 resp. des art. 3 des Ges. v. 15. Juli 1881 betr. die Abänderung von Bestimmungen ꝛc.

Schuldner der Gebühren und Auslagen ist bei Geschäften, welche von Amtswegen angeordnet werden, die Staatskasse, bei sonstigen Geschäften der Auftraggeber. Im letzteren Falle kann der Gerichtsvollzieher — soweit der Auftraggeber nicht zum Armenrecht zugelassen ist — angemessenen Vorschuß fordern (Geb.-Ordn. §§ 19, 18). Die Gebühren und Auslagen werden mit Erledigung des Auftrags — also mit Beendigung und Durchführung der Zwangsvollstreckung — unbeschadet der Bestimmung des § 697 d. C.-Pr.-O. — vgl. oben § 21 sub 6 — fällig, der Gerichtsvollzieher kann den Betrag vom Auftraggeber durch Postvorschuß erheben (Geb.-Ordn. § 20). — Im Falle der Be-

willigung des Armenrechts werden dem für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher die baren Auslagen, soweit dieselben vom Ersatzpflichtigen (C.-Pr.-O. § 697) nicht beigetrieben werden können, aus der Staatskasse ersetzt (Geb.-Ordn. § 21).

Den einzelnen Bundesstaaten ist vorbehalten, an Stelle von Gebühren und Auslagen den Gerichtsvollziehern eine andere Vergütung zu gewähren. Auf die von den ersatzpflichtigen Personen nach Maßgabe der Geb.-Ordn. zu erhebenden Beträge bleibt dies ohne Einfluß (Geb.-Ordn. § 24).

§ 26.
Das Rechtsverhältnis des Gerichtsvollziehers zu dem Gläubiger.

Auch dem Gläubiger gegenüber ist der Gerichtsvollzieher Beamter und **nur** Beamter. Eine andere Auffassung ist in der Entsch. des Reichsger. v. 5. Juni 1883 bei

Seuffert, Bd. 39 nr. 70

enthalten. Das Reichsgericht geht davon aus, daß der Gerichtsvollzieher im Verhältnisse zum Gläubiger als Beauftragter desselben zu gelten habe, daß nach dem Auftragsverhältnisse Rechte und Pflichten, insbesondere die Haftung des Gerichtsvollziehers für Nachlässigkeit sich regeln. Für diese Auffassung beruft sich das Reichsgericht zunächst auf den § 674 d. C.-Pr.-O., wo geschrieben steht, daß der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung „im Auftrage des Gläubigers“ zu bewirken hat, sowie auf die Motive, pag. 411, welche den Satz enthalten:

> „Aus der Selbständigkeit ihrer (der Gerichtsvollzieher) Stellung dem Gerichte gegenüber folgt ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen.“

Das Reichsgericht verkennt freilich nicht, daß der Gerichtsvollzieher nicht blos Beauftragter des Gläubigers, sondern auch Beamter ist, und daß der Gerichtsvollzieher nicht in aller und jeder Beziehung als Vertreter des Gläubigers anzusehen ist.

Die Unklarheit in der beregten Entscheidung liegt auf der Hand, sobald man auf die gemeinrechtliche Doktrin von Auftrag und Vollmacht, Stellvertretung und Amt zurückgeht.

Das Rechtsverhältnis zwischen Mandant und Mandatar entsteht durch Erteilung und Übernahme eines Auftrages. Das Verhältnis erzeugt zunächst ein (inneres) Obligationsverhältnis zwischen den Kontrahenten, sowie ein (äußeres) Verhältnis des Mandatars zu Dritten, kraft dessen dieser dritten Personen gegenüber Vollmacht gewinnt, Namens des Auftraggebers etwas vorzunehmen. Die Autorität des Beauftragten, die Vollmacht stützt sich dabei allein auf den Auftraggeber, nach dessen Willen handelt der Vertreter. Sehen wir, ob dies bei dem Gerichtsvollzieher zutrifft. Wir glauben nicht.

Zunächst ist der Gerichtsvollzieher nicht Stellvertreter des Gläubigers, wie auch das Reichsgericht anerkennt. — Nicht in Vollmacht des Gläubigers erwirbt er diesem Rechte durch seine Handlungen; denn der Wille des Gläubigers reicht dazu nicht aus, sondern kraft seiner amtlichen Befugnis, kraft der in ihm und durch ihn handelnden Staatsgewalt, kraft der durch ihn vertretenen Gerichtsbarkeit des Staates erzeugen seine Handlungen Rechte wie Verbindlichkeiten. Ist das aber richtig, so kann der Gerichtsvollzieher kein Stellvertreter sein, seine Beamtenqualität schließt ein Stellvertreter-Verhältnis absolut aus. Also Auftrag ohne Vertretungsbefugnis. Der Gerichtsvollzieher pfändet wohl im Auftrage des Gläubigers, er pfändet aber nicht in Vollmacht desselben. Es würde also nur das innere Objektionsverhältnis zwischen Mandant und Mandatar bestehen bleiben. Die Verpflichtungen des Mandatars werden nach römischem Rechte zurückgeführt auf das in der Übernahme des Auftrages liegende Versprechen, das in Rede stehende Geschäft besorgen zu wollen,

vgl. Windscheid, Lehrb. II. § 410 not. 4
und die dort. cit. cit.

Ohne Freiwilligkeit der Übernahme wäre solche Annahme eines Versprechens ein Ding der Unmöglichkeit. Wo bleibt aber

beim Gerichtsvollzieher, der — wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben — kraft seines Amtes berufen und verpflichtet ist, Aufträge der Parteien zur Bewirkung der Zwangsvollstreckung anzunehmen und nach Maßgabe der Prozeßordnung zu erledigen, die Freiwilligkeit in der Übernahme des Auftrages? Er ist verpflichtet, deßhalb handelt er kraft öffentlichen Rechts, vermöge seiner der Pflicht entsprechenden Amtsbefugnis, er haftet also auch nach den Grundsätzen, wie der Inhaber eines öffentlichen Amtes den Privaten verhaftet ist, man kann aber nicht sagen: er hat sich verpflichtet und haftet nach Grundsätzen des Civilrechts aus der Übernahme der Verpflichtung.

Entfällt somit Vollmachts- und Auftragsverhältnis, so bleibt nur übrig, in dem „Auftrage", von dem § 674 redet, weiter nichts zu erblicken, als die Form, in welcher die Gläubiger bei Angehung des Gerichtsvollziehers mit demselben zu verkehren haben. Die Bedeutung dieser gewählten Form ist aber eine doppelte:

einmal soll, und das deuten die Motive in der vom Reichsgerichte citierten Stelle an, damit ausgedrückt sein, daß die Gerichtsvollzieher nicht im Auftrage des Gerichts, sondern unabhängig von demselben ihr Amt zu verwalten haben, daß sie vom Gerichte unabhängige selbständige Justizverwaltungsbeamte sind,

sodann soll damit dem Gläubiger der ihm gebührende Einfluß auf den Gang des Verfahrens gesichert sein. Es ist damit ausgedrückt, daß der Gerichtsvollzieher — soweit die Vorschriften der Prozeßordnung nicht entgegenstehen — den Anweisungen des Gläubigers im Zwangsvollstreckungsverfahren nachzukommen hat.

Zur Ablehnung eines Auftrages ist der Gerichtsvollzieher nur in folgenden Fällen verpflichtet resp. befugt:

1) wenn er im einzelnen Falle kraft Gesetzes von der Vornahme der Handlung ausgeschlossen ist, vgl. oben pag. 117 fg.,

2) wenn die Handlung nach Vorschrift Prozeßordnung oder

der Geschäftsordnung entweder überall nicht durch einen Gerichtsvollzieher zu erledigen ist oder doch im gegebenen Falle nicht zu seinem Geschäftskreise gehört,

3) wenn die prozeßrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, also entweder die Vollstreckungsklausel nicht beigebracht wird oder es sonst an den Voraussetzungen für den Beginn des Verfahrens fehlt,

4) wenn und so lange nicht ein zur Deckung der baren Auslagen und des vermutlichen Betrages der Gebühren hinreichender Vorschuß vom Gläubiger bestellt ist (Geb.-Ordn. f. Ger.-Vollz. § 18), falls nicht der Ger.-Vollzieher einer armen Partei vom Gerichte beigeordnet ist.

Bei Erteilung des Auftrages, welche in beliebiger Form schriftlich oder mündlich geschehen kann, braucht sich der Gläubiger nicht direkt an den Gerichtsvollzieher zu wenden, er kann dabei die Vermittlung des Gerichtsschreibers des Vollstreckungsgerichtes angehen. Der von dem Gerichtsschreiber auf Veranlassung des Gläubigers beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als vom Gläubiger beauftragt. Der Gerichtsvollzieher hat sich also wegen des Weiteren direkt an den Gläubiger zu wenden (C.-Pr.-O. § 674 Abs. 2).

Bei Ausführung seiner amtlichen Obliegenheiten haftet der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger für omnis culpa wie jeder Beamte;

vgl. Windscheid, Lehrb. d. Pand. II. § 470 not. 3

unbeschadet der disciplinaren Verantwortlichkeit. Dabei ist insbesondere die Stellung des Gerichtsvollziehers als Beauftragter des Gläubigers in Betracht zu ziehen. Darnach hat der Gläubiger es in der Gewalt, seinen Auftrag in bestimmter Weise zu beschränken, und, wenn auch, wie wir im flg. Paragraphen sehen werden, solche Beschränkungen nach außen hin keine Bedeutung haben, so sind sie doch für das Verhältnis des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Gläubiger von Bedeutung. Der Gerichtsvollzieher, welcher den Auftrag des Gläubigers überschreitet, verletzt seine amtlichen Pflichten und wird dem Gläubiger verantwortlich. — Dasselbe ist der Fall, wenn der

Gerichtsvollzieher seine gesetzlichen Befugnisse überschritten resp. die ihm vom Gesetze gezogenen Grenzen nicht inne gehalten hat, und dadurch den Gläubiger insofern in Nachteil gebracht hat, als die Wirkung, welche der Zwangsvollstreckungshandlung im Falle der Rechtmäßigkeit gebührt, nunmehr ausgeblieben ist.

Anders dürfte die Sache liegen, wenn der Gerichtsvollzieher die unrechtmäßige Handlung im ausdrücklichen Auftrage des Gläubigers vorgenommen, z. B. in der Wohnung eines dritten, welche ihm vom Gläubiger als Wohnung des Schuldners bezeichnet wurde, Sachen des Schuldners gepfändet hat. Hier hat der Gläubiger allein den Nachteil zu tragen, wenn die Pfändung wiederaufgehoben wird. Ebensowenig haftet der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger, wenn der Gerichtsvollzieher auf Veranlassung des Gläubigers bewußt eine unrechtmäßige Vollstreckungshandlung vernimmt, und dadurch der Gläubiger in Nachteil gekommen ist. Der Gläubiger steht in solchem Falle der Partei gleich, welche im Prozesse ungesetzliche Anträge stellt. Wird solchen Anträgen Folge gegeben, so trägt der Antragsteller den Schaden allein, wenn das Verfahren demnächst vernichtet wird, gleichgültig ob er aus Rechtsunkenntnis oder calumnios gehandelt hat.

Der Auftrag des Gerichtsvollziehers hat jedoch nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes noch einen weiteren Inhalt als die Bewirkung der Zwangsvollstreckung; denn nach § 675 ist in dem Auftrage zur Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittieren, und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern, enthalten (C.-Pr.-O. 675).

Auch in dieser Beziehung hat man das Verhältnis des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher als Mandatsverhältnis auffassen wollen. Es wird behauptet, daß das Gesetz in diesem Falle nur eine Präsumtion aufgestellt: es sei also der Gläubiger nicht gehindert, bei Erteilung des Auftrages den präsumtiven

Inhalt der Vollmacht auszuschließen, nur müsse der Gläubiger in solchem Falle selbst den Gerichtsvollzieher begleiten, um die geschuldete Leistung selbst in Empfang zu nehmen. So im wesentlichen die Kommentare z. C.-Pr.-O. unter Berufung auf eine Äußerung des Regierungsvertreters in der Reichstagsjustizkommission.

Ich kann mich dieser Auffassung nicht anschließen, halte vielmehr die Bestimmung des § 675 für derartig zwingend, daß sie niemals vom Gläubiger ausgeschlossen werden kann. Aus den Vorarbeiten (den Nordd. Protokollen pag. 1980 flgg., den Motiven zum Entwurfe pag. 411 und den Protokollen der Reichstagsjustizkommission pag. 353) ergiebt sich, daß diese Bestimmung im Interesse des Schuldners getroffen ist, damit dieser einen zur Annahme der Leistung legitimierten Empfänger zur Vermeidung der Exekution habe. Der Gerichtsvollzieher ist also insoweit ein dem Gläubiger von Gesetzeswegen im Interesse des Schuldners beigeordneter solutionis causa adjectus. Der Schuldner hat ein seitens des Gläubigers nicht zu nehmendes Recht der Leistung an den Gerichtsvollzieher. Wenn das Gesetz in positiver Weise vorschreibt: „In dem Auftrage zur Bewirkung der Zwangsvollstreckung liegt die Beauftragung“, so kann der Gläubiger nicht bestimmen: In diesem Falle liegt in dem Auftrage zur Bewirkung der Zwangsvollstreckung die Beauftragung 2c. nicht. Einen solchen Vorbehalt enthält das Gesetz nicht. Wenn nun auch hierüber im allgemeinen Einverständnis herrscht, so nimmt man doch — wie bereits mitgeteilt — an, daß der Gläubiger im Falle seiner persönlichen Anwesenheit den Auftrag des Gerichtsvollziehers widerrufen könne. Es kann jedoch nur zugegeben werden, daß es selbstverständlich dem Schuldner freisteht, in solchem Falle an den Gläubiger direkt zu leisten, ein Recht des Gläubiger jedoch, in solchem Falle die Vermittlung des Gerichtsvollziehers zu verbitten, giebt es nicht, es müßte denn vom Gläubiger auch gleichzeitig der Auftrag zur Bewirkung der Zwangsvollstreckung zurückgenommen werden. Wir werden jedoch im folgenden Paragraphen sehen, daß ein solcher Widerruf dem Schuldner gegenüber keine Wirkung äußert, wie denn

der Schuldner überhaupt nicht verpflichtet ist, die Gegenwart des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung zu dulden. Ein bezügliches Recht darauf legt die Prozeßordnung dem Gläubiger nicht bei. Der Schuldner ist nur gehalten, dem Gerichtsvollzieher gegenüber, welcher ihm als Beamter mit obrigkeitlicher Zwangsgewalt gegenüber steht, sich passiv zu verhalten, dem Gläubiger kann er das Betreten der Wohnung ohne weiteres verbieten. Der Gerichtsvollzieher ist nicht Diener der Eigenmacht des Gläubigers, sondern Vertreter der Amtsgewalt des Staates.

Wohl aber ist der Gerichtsvollzieher gegenüber dem Gläubiger nur solange befugt sein Amt zu verwalten, als der Gläubiger den Auftrag zur Bewirkung der Zwangsvollstreckung nicht widerrufen hat, und damit kommen wir zu dem letzten Punkte in diesem Paragraphen, zu der Frage nach der Beendigung des Auftragsverhältnisses.

Wer das Rechtsverhältnis des Gläubigers zu dem Gerichtsvollzieher als Mandat auffaßt, wird auch konsequenterweise für die Beendigung dieses Verhältnisses die für das Mandat bestehenden Endigungsgründe gelten lassen müssen. Darnach würden der Tod sowie der einseitige Rücktritt des Gläubigers und des Gerichtsvollziehers das Verhältnis ohne weiteres beendigen. Daß der Tod des Gerichtsvollziehers diese Wirkung hat, ist zweifellos. Der Auftrag geht nicht auf die Erben über, auch nicht insofern, daß die Erben des Beauftragten verpflichtet wären, sich der vom Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen. Für die Beendigung der vom Gerichtsvollzieher begonnenen Geschäfte kann in doppelter Weise gesorgt werden. Faßt man das Verhältnis als reines Mandatsverhältnis auf, so wird man es den einzelnen Gläubigern überlassen müssen, für die Erledigung der unterbrochenen Aufträge durch einen anderen Gerichtsvollzieher selbst zu sorgen, und würde es in diesem Falle immer eines neuen Auftrages auch an den Nachfolger im Amte bedürfen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies nicht nötig. Vielmehr hat der Gerichtsvollzieher die ihm aufgetragenen Zwangsvollstreckungen von Amtswegen zu erledigen, es ist also die Justizverwaltung ohne weiteres verpflichtet und befugt, dem Gerichts-

vollzieher im Todesfalle einen Nachfolger im Amte zu bestellen, welcher ohne weiteren Auftrag die vorgefundenen Geschäfte des verstorbenen Gerichtsvollziehers zu erledigen hat.

Stirbt der Gläubiger nach erteiltem Auftrage, so wird auch dadurch der Gerichtsvollzieher in der Verfolgung seiner amtlichen Pflicht nicht gehindert. Er ist den Rechtsnachfolgern als Beamter in derselben Weise verhaftet wie er es dem Auftraggeber war.

Was für den Fall des Todes gilt, muß auch Anwendung finden, wenn der Gläubiger dispositionsunfähig wird, oder wenn der Gerichtsvollzieher nach Übernahme des Auftrags thatsächlich oder rechtlich an der Ausübung seines Dienstes verhindert wird. Ob der Gerichtsvollzieher im Falle bloßer thatsächlicher Hindernisgründe selbst einen anderen Gerichtsvollzieher als Vertreter bestellen kann, müssen die einzelnen Gerichtsvollzieher-Ordnungen ergeben.

Ein einseitiger Rücktritt ist seitens des Gerichtsvollziehers nur unter denselben Voraussetzungen möglich, unter welchen er die Übernahme des Auftrags ablehnen konnte. Tritt der Fall ein, daß der Gerichtsvollzieher rechtlich an der Fortführung der Zwangsvollstreckung verhindert wird, so wird auch in diesem Falle die Landesjustizverwaltung für eine Stellvertretung zu sorgen haben, ohne daß es eines neuen Auftrages des Gläubigers bedarf.

Widerruft der Gläubiger den Auftrag, so muß man unterscheiden, ob der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung schon begonnen hatte oder nicht. Nur im letzteren Falle ist ein Widerruf mit vollständiger Auflösung des Verhältnisses möglich. Im ersteren Falle ist der Widerruf nur insoweit möglich, als damit eine Einstellung des Verfahrens erzielt werden kann. Eine Übertragung der amtlichen Pflichten des Gerichtsvollziehers auf einen anderen Gerichtsvollzieher aus eigener Machtvollkommenheit des Gläubigers ist nach der hier vertretenen Auffassung der Stellung des Gerichtsvollziehers nicht möglich, schon aus dem Grunde nicht, weil nach begonnener Zwangsvollstreckung die Rechte des Schuldners in Betracht

kommen, welche durch solche Maßnahme leicht gefährdet werden könnten.

§ 27.

Die Stellung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Schuldner und dritten Personen.

Dem Schuldner gegenüber hat der Gerichtsvollzieher zunächst dieselbe Stellung wie gegenüber dem Gläubiger, m. a. W. er ist Beamter. Da der Gerichtsvollzieher jedoch nicht von Amtswegen, d. h. aus eigenem Antriebe, auch nicht auf Befehl des Gerichts oder seiner vorgesetzten Dienstbehörde, sondern nur im Auftrage des Gläubigers thätig wird, so muß der Gerichtsvollzieher zunächst diesen Auftrag nachweisen. Das geschieht durch Vorlegung des vollstreckbaren Schuldtitels. Der Besitz des Titels ermächtigt den Gerichtsvollzieher dem Schuldner und Dritten gegenüber zur Vornahme der Zwangsvollstreckung ausschließlich (§ 676). Daraus folgt, daß es für die Wirkung der Vollstreckungshandlung gar nicht darauf ankommt, ob der Gerichtsvollzieher nun auch im einzelnen Falle wirklich vom Gläubiger bevollmächtigt ist oder nicht. Ebensowenig kommt in Betracht, ob der Gläubiger den Auftrag zurückgenommen oder beschränkt hat, ob der Gläubiger verstorben ist oder seine Handlungsfähigkeit oder Dispositionsbefugnis aufgehört hat, die gesetzliche Ermächtigung des Gerichtsvollziehers dauert fort, solange der vollstreckbare Schuldtitel in seinen Händen ist.

Dieser Besitz ermächtigt den Gerichtsvollzieher gleichmäßig zu der Befugnis für den Gläubiger Zahlung zu empfangen ꝛc. (C.-Pr.-O. §§ 675, 676). Gegenüber dem Schuldner und dritten Personen ist dieser Besitz eine so unanfechtbare Legitimation, daß der Gläubiger diesen Personen gegenüber niemals den Mangel des Auftrags oder dessen Beschränkung geltend machen kann. Daraus folgt, daß es nicht darauf ankommt, ob der Schuldner oder der Dritte Kenntnis davon hat, daß der Auftrag des Gerichtsvollziehers beschränkt oder zurückgenommen ist, wol aber muß der Gläubiger berechtigt sein, dann, wenn der Schuldner weiß, daß der Gerichtsvollzieher auf unerlaubte

Weise in den Besitz des Vollstreckungstitels gekommen ist, den Schuldner auf die ungerechtfertigte Bereicherung zu belangen, falls dieser an den Gerichtsvollzieher gezahlt hat und sich die Vollstreckungsurkunde hat ausliefern lassen.

Hat der Schuldner freiwillig geleistet resp. ein Dritter für ihn, so hat der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern, bei teilweiser Leistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu vermerken und dem Schuldner Quittung zu erteilen (§ 677).

Diese Bestimmung bezieht sich — wie sich aus der Stellung des Paragraphen ergiebt — einmal nur auf den Fall der freiwilligen Leistung, nicht also auf den Fall der zwangsweisen Beitreibung. Im letzteren Falle erhält der Schuldner weder die vollstreckbare Ausfertigung noch eine Quittung, vielmehr bleibt die Ausfertigung bei den Vollstreckungsakten. Sodann findet der Paragraph auch nur dann Anwendung, wenn die Leistung an den Gerichtsvollzieher erfolgt ist, nicht wenn sie an den Gläubiger direkt oder an einen anderen Zahlungsempfänger erfolgt ist. Auch in diesem Falle muß die vollstreckbare Ausfertigung bei den Akten bleiben, ein Recht des Schuldners auf Auslieferung derselben giebt es in diesem Falle nicht.

Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich, daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner und dritten Personen neben seiner Stellung als Vollstreckungsbeamter die Stellung eines gesetzlichen Zahlungsempfängers hat. Die dem Gerichtsvollzieher in dieser Beziehung auferlegten Pflichten kehren sich nicht ausschließlich gegen den Gläubiger, sondern auch vorzüglich gegen den Schuldner und dritte Personen insofern, als diese Personen, falls der Gerichtsvollzieher sich weigern sollte, solche Leistungen anzunehmen, einen Anspruch auf Ersatz des Interesse haben würden.

Über die Haftung des Gerichtsvollziehers für Versehen gilt diesen Personen gegenüber dasselbe, was hierüber im vorigen Paragraphen gesagt ist.

§ 28.

Das Vollstreckungsgericht, insbesondere dessen sachliche und örtliche Zuständigkeit.

Wie bereits angeführt, ist die Zwangsvollstreckung der Regel nach den Gerichtsvollziehern überwiesen, ausnahmsweise haben die Gerichte die Vollstreckung zu bewirken. Die Prozeßordnung nennt diejenigen Gerichte, welchen diese Aufgabe überwiesen ist, „Vollstreckungsgerichte" (C.-Pr.-O. § 684 Abs. 1). Die Vollstreckungsgerichtsbarkeit ist den Amtsgerichten übertragen.

Örtlich zuständig ist in der Regel dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat (C.-Pr.-O. § 684 Abs. 2).

Besondere Bestimmungen hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit gelten für flgg. Fälle:

1) Für die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte ist das Amtsgericht, bei welchem der Schuldner im deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann, zuständig (C.-Pr.-O. § 729 Abs. 2).

2) Für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist. Ist es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Amtsgerichtsbezirke ungewiß, welches Amtsgericht zuständig sei, oder ist das Grundstück in dem Bezirke verschiedener Amtsgerichte belegen, so ist auf Antrag eines Beteiligten von dem zunächst höheren Gerichte unter Berücksichtigung der im § 36 C.-Pr.-O. enthaltenen Vorschriften eines dieser Gerichte zum Vollstreckungsgerichte zu bestellen. Dieselbe Anordnung kann getroffen werden, wenn die Zwangsvollstreckung in mehrere Grundstücke desselben Schuldners, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, beantragt wird (C.-Pr.-O. §§ 755, 756).

3) Für die Abnahme des Offenbarungseides ist

das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat, als Vollstreckungsgericht zuständig (§ 780), der zur Erzwingung der Eidesleistung verhaftete Schuldner kann jedoch zu jeder Zeit bei dem Amtsgericht des Haftortes beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Dem Antrage ist ohne Verzug stattzugeben (§ 783).

4) Für das Verteilungsverfahren ist die Vollstreckungsgerichtsbarkeit besonders geregelt. Nach C.-Pr.-O. § 759 ist dafür je nach Verschiedenheit der Fälle entweder das regelmäßige im § 684 bezeichnete Vollstreckungsgericht zuständig (C.-Pr.-O. § 728 und § 751 Abs. 1) oder die besonderen sub 1 und 2 bezeichneten Vollstreckungsgerichte (C.-Pr.-O. §§ 750, 751 Abs. 2 u. 3 und § 752).

Die verordneten Gerichtsstände sind ausschließliche (§ 707). Aus dieser Zusammenstellung ergiebt sich auch der Umfang der sachlichen Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts. Dem Vollstreckungsgerichte ist außerdem die Entscheidung übertragen, wenn seitens des Gläubigers, des Schuldners oder dritter Personen Anträge, Einwendungen oder Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher beobachtete Verfahren betreffen, erhoben werden. In solchem Falle kann das Gericht bis zur endgültigen Entscheidung auch von Amtswegen einstweilige Anordnungen bezüglich der Einstellung des Verfahrens treffen. Es trifft das bereits oben § 22 sub 6 Erörterte auch hier zu (C.-Pr.-O. § 685 Abs. 1).

Das Vollstreckungsgericht entscheidet weiter, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen oder in Ansehung der vom Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Einwendungen erhoben werden. (§ 685 Abs. 2.)

§ 29.

Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte.

Über das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte spricht sich die Prozeßoednung in höchst summarischer Weise aus. Die einzige Bestimmung findet sich in der Prozeßordnung

§ 684 Abs. 3: die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichtes können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Es ist also das Verfahren ganz in die Hand des Richters gelegt. Derselbe hat im einzelnen Falle zu prüfen, ob mündliche oder schriftliche Verhandlung stattfinden soll, oder ob er ohne Verhandlung entscheiden will.

Ebensowenig trifft das Gesetz Vorschriften über die Form, in welcher die Parteien oder dritte ihre Anträge an das Vollstreckungsgericht zu richten haben. Auch hier herrscht vollständige Formfreiheit, es ist nicht einmal gesagt, daß die Anträge zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden können. Es gelten also in dieser Beziehung die von den Landesjustizverwaltungen erlassenen Geschäftsordnungen resp. der Gerichtsgebrauch der einzelnen Gerichte nach Anordnung der einzelnen Vollstreckungsgerichte. Es würde also nichts entgegenstehen, wenn der Amtsrichter solche Anträge persönlich entgegennimmt, darauf sofort die betreffende Entscheidung erläßt. Vernotwendigt sich beispielsweise das Gehör des Gerichtsvollziehers, so steht nicht entgegen, wenn der Amtsrichter den Gerichtsvollzieher persönlich anhört, und darauf ohne Aufnahme eines Protokolles entscheidet. Die Prozeßordnung schließt keinen irgend denkbaren Weg der Verständigung und des Verkehrs zwischen den beteiligten Personen und Behörden aus. Rede, Schrift, Telegramm ꝛc. alle Verständigungsmittel sind erlaubt. Es wird sich jedoch für regelmäßige Fälle unter Leitung und Zuthun des Amtsrichters ein bestimmter Gebrauch entwickeln, und wird wohl am häufigsten ein schriftliches Gesuch oder ein Gesuch zu Protokoll des Gerichtsschreibers gewählt werden.

Über die Verkündung und Zustellung der Entscheidung gilt

die allgemeine Regel des § 294 d. C.-Pr.-O. mit der sich aus § 730 Abs. 2 ergebenden Ausnahme von der Bestimmung im dritten Absatze, worüber weiter unten noch gesprochen werden wird.

Da das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte nach § 163 Abs. 2 der C.-Pr.-O. als zur ersten Instanz gehörig anzusehen ist, so erfolgen Zustellungen in diesem Verfahren an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz.

Gegen die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts — welche ja ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können — findet nach § 701 d. C.-Pr.-O. das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (C.-Pr.-O. § 540) statt.

§ 30.
Andere Organe der Zwangsvollstreckung.

Zu den Organen der Zwangsvollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne gehört niemals das Prozeßgericht, da die demselben nach den §§ 773—775 C.-Pr.-O. obliegenden Befugnisse nicht zu diesem Gebiete gehören, wie wir bereits gesehen haben und noch weiter dargelegt werden wird.

Dagegen kann unter Umständen das Einschreiten anderer Behörden, als des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichtes erforderlich sein. In dieser Beziehung ist zunächst auf die dem Gerichtsvollzieher nach § 678 Abs. 3 beigelegte Befugnis zur Requirierung polizeilicher Hülfe zurückzuverweisen. Die Polizeibeamten erscheinen in dieser Beziehung als Schutzbeamte des Gerichtsvollziehers, sind also keine selbständigen Organe der Zwangsvollstreckung, welche befugt wären, statt des Gerichtsvollziehers Vollstreckungshandlungen vorzunehmen.

Ist abgesehen hiervon das Einschreiten einer Behörde erforderlich, so hat der Gerichtsvollzieher resp. der Gläubiger sich an das Gericht zu wenden, welches die betr. Behörde um ihr Einschreiten ersucht (C.-Pr.-O. § 698). Das Gericht ist entweder das Vollstreckungsgericht oder das Prozeßgericht. Das Nähere ergeben die nachstehenden Fälle:

a. Wenn der Gerichtsvollzieher militärische Hülfe für er-

forderlich hält, so muß er sich an das Vollstreckungsgericht wenden (C.-Pr.-O. § 678 Abs. 3). Auch hier erscheint die Militärbehörde lediglich zum Schutze des Gerichtsvollziehers, sie hat nicht selbständig Vollstreckungshandlungen vorzunehmen.

b. Soll die Zwangsvollstreckung gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Person des Soldatenstandes in Kasernen und anderen militärischen Dienstgebäuden oder auf Kriegsfahrzeugen erfolgen, so hat der Gläubiger sich nicht an den Gerichtsvollzieher, sondern an das Vollstreckungsgericht mit dem Antrage, die zuständige Militärbehörde um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen, zu wenden. Diesem Antrage muß das Vollstreckungsgericht entsprechen (C.-Pr.-O. § 699).

Ob dem Ersuchen zu entsprechen ist, darüber entscheidet die Militärbehörde resp. deren vorgesetzte Dienstbehörde. Wird dem Ersuchen entsprochen, so erfolgt der Vollstreckungsakt nach Maßgabe der Vorschriften der Civilprozeßordnung durch das damit beauftragte Organ der Militärbehörde. Bestand der Akt in der Pfändung von beweglichem Vermögen, so sind die gepfändeten Gegenstände einem vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben. Dieser hat also die begonnene Zwangsvollstreckung fortzusetzen (C.-Pr.-O. § 699 Abs. 2).

c. Soll die Zwangsvollstreckung in einem ausländischen Staate erfolgen, dessen Behörden im Wege der Rechtshülfe die Urteile deutscher Gerichte vollstrecken, so hat auf Antrag des Gläubigers das Prozeßgericht erster Instanz die zuständige Behörde des Auslandes um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen (C.-Pr.-O. § 700 Abs. 1). In diesem Falle erfolgt die Zwangsvollstreckung nach den Grundsätzen des Rechtes des ausländischen Staates.

Kann die Vollstreckung durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten (C.-Pr.-O. § 700 Abs. 2). Nach § 1 des Gesetzes vom 10. Juli 1879 betr. die Konsulargerichtsbarkeit wird diese in denjenigen Ländern ausgeübt, in welchen ihre Ausübung durch Herkommen oder durch Staatsvertrag gestattet ist. Auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten

findet die Civilprozeßordnung Anwendung (Ges. § 14). Die Vollstreckungsgerichtsbarkeit hat der Konsul nach § 12 des Ges. auszuüben.

d. Auch bezüglich einzelner Vollstreckungshandlungen kann das Einschreiten einer anderen Behörde erforderlich sein. Das Nähere muß der Besprechung im vierten Kapitel vorbehalten bleiben.

Drittes Kapitel.

Beginn und Einstellung der Zwangsvollstreckung.

§ 31.

Der Beginn der Zwangsvollstreckung.

Auch wenn die im ersten Kapitel des ersten Abschnittes besprochenen Voraussetzungen des Zwangsvollstreckungsrechtes vorhanden sind, kann das Verfahren noch nicht immer beginnen. Eine weitere allgemeine formelle Voraussetzung ist die Zustellung des vollstreckbaren Schuldtitels an den Schuldner (C.-Pr.-O. § 671).

Dagegen bedarf es für die regelmäßigen Fälle der Zustellung der Vollstreckungsklausel nicht. Vorgeschrieben ist dies nur für die besonderen Fälle der §§ 664 und 665 (vgl. C.-Pr.-O. § 671 Abs. 2 und oben § 4).

Die Zustellung erfolgt nach den allgemeinen Regeln, kann also durch den mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher erfolgen, wenn dieser Gerichtsvollzieher zugleich Zustellungsbeamter ist.

Der Beginn der Zwangsvollstreckung setzt aber weiter voraus, daß in dem vollstreckbaren Schuldtitel oder wenigstens in der Vollstreckungsklausel Gläubiger und Schuldner, oder wie die Prozeßordnung sich ausdrückt, die Personen, für und gegen welche die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, namentlich bezeichnet sind.

Die Person des Antragstellers resp. Auftraggebers muß also identisch sein mit derjenigen Person, welcher nach Inhalt des vollstreckbaren Schuldtitels die zu erzwingende Leistung zu machen ist, resp. auf deren Namen die Vollstreckungsklausel (C.-Pr.-O. § 663) gegeben ist. Ebenso darf der vollstreckende Beamte den beantragten Vollstreckungsakt nur gegen den im Urteil oder in der Klausel benannten Exequendus richten. Ob dieser Exequendus oder der Antragsteller physische oder juristische Person ist, ist gleichgültig.

Darnach beantwortet sich auch die Frage, ob das gegen eine Handelsgesellschaft — (offene oder Kommanditgesellschaft) — erstrittene vollstreckbare Urteil ohne weiteres gegen die persönlich haftenden Gesellschafter vollstreckt werden kann.*) Die Frage ist zu verneinen. Es dienen dem Gläubiger zwei Vermögen zu seiner Befriedigung, das Vermögen der Gesellschaft und das persönliche Vermögen des Gesellschafters. Die Zwangsvollstreckung richtet sich aber immer nur entweder gegen die Gesellschaft und das von ihr besessene Vermögen oder gegen den Gesellschafter und dessen Vermögen, es müßte denn sein, daß der Prozeß und also auch das Urteil beide Persönlichkeiten umfaßt. Daß aber die Gesellschaft eine besondere Persönlichkeit im prozeßrechtlichen Sinne ist, wird man in Beihalt der art. 111 und 164 d. H.-G.-B. nicht bestreiten können. Es bedarf deshalb für die Entscheidung dieser Frage aus prozeßrechtlichen Gründen nicht der Annahme einer „relativen juristischen Person" (vgl. Gareis, Handelsrecht § 26 not. 18). Auch diejenigen, welche diese Konstruktion verwerfen (wie Lastig in Endemann H.-B. pag. 334), kommen zu demselben Resultate (a. a. O. pag. 394 not. 20), freilich ohne weitere Rechtfertigung. Unsere Rechtfertigung stützt sich lediglich auf das Prozeßrecht, insbesondere auf § 671 der C.-Pr.-O.

Aus der Fassung des § 671 ergiebt sich weiter, daß der

---

*) Vgl. hierüber einerseits: Entsch. d. R.-O.-H.-G. Bd. II nr. 169, VI S. 416, XX S. 180, XXI S. 130; Anschütz und von Völderndorf Kommentar II S. 373 f. (nein!), andererseits v. Hahn Kommentar ad art. 112 § 7 u. 9 (ja!).

Schuldtitel resp. die Klausel gerade dem Exequendus und nicht etwa dem Prozeßbevollmächtigten *) zugestellt werden muß. Das ergeben auch die Motive zum Entwurfe der C.-Pr.-O., wonach „die Zustellung des Schuldtitels vor der Zwangsvollstreckung die Kenntnis des Schuldners von derselben vermitteln und damit in gewissem Maße ein vor der Zwangsvollstreckung zu erlassendes Vollziehungs- oder Befriedigungsgebot ersetzt werden soll." — Dieser Zweck kann nur durch eine an die Person des Exequendus geschehene Zustellung erreicht werden. Ist also die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten zum Zwecke der Einlegung eines Rechtsmittels schon erfolgt, so muß sie noch einmal an den Exequendus erfolgen. Der Gläubiger hat also dem Antrage an das Vollstreckungsgericht resp. dem Auftrage an den Gerichtsvollzieher die bezügliche Zustellungsurkunde anzuschließen oder doch im letzteren Falle den Gerichtsvollzieher als Zustellungsbeamten zur Vornahme der Zustellung zu bevollmächtigen.

Unter Beginn der Zwangsvollstreckung verstehen wir hier nicht blos den Anfang des ersten Zwangsvollstreckungsaktes, sondern auch jeden neuen selbständigen Zwangsvollstreckungsakt, der sich nicht als bloße weitere Ausführung des ersten Aktes darstellt. Ist also aus dem vollstreckbaren Schuldtitel zunächst die Pfändung beweglicher Sachen vorgenommen, so beginnt z. B. ein neues Zwangsvollstreckungsverfahren, wenn die Pfändung einer Forderung durch das Vollstreckungsgericht vorgenommen wird. Der Zustellung des Urteils bedarf es dann nur einmal, wenn nicht inzwischen — d. h. vor dem zweiten und nach dem ersten Pfändungsakte — eine Veränderung in der Person des Gläubigers oder Schuldners oder vielmehr des Antragstellers und des Exequendus stattgefunden hat. In solchem Falle bedarf es für den neuen Antragsteller resp. den neuen Exequendus zunächst der neuen Klausel (C.-Pr.-O. § 665) und gegen den neuen Exequendus erst der Zustellung dieser Klausel an denselben (C.-Pr.-O. § 671 Abs. 2). Für die weitere Ausführung eines

---

*) Nicht entgegen C.-Pr.-O. § 163 (letzter Satz), da es sich hier nicht um ein Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte handelt.

bereits begonnenen Vollstreckungsaktes bedarf es niemals einer neuen Klausel. Das Verfahren wird von Amtswegen fortgesetzt, bis ein von der Prozeßordnung vorgeschriebener Einstellungsgrund vorliegt. Ein solcher Grund ist nicht der Tod des Exequendus. Der begonnene Vollstreckungsakt wird gegen den Nachlaß des in dem Titel resp. in der Klausel genannten Exequendus fortgesetzt (C.=Pr.=O. § 693 Abs. 1), und ist dabei die Zuziehung des Schuldners erforderlich,*) so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder den Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter zu bestellen.

Ebenso wenig findet im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Exequendus eine Unterbrechung der begonnenen Zwangsvollstreckung statt. Der einmal begonnene Akt ist von Amtswegen fortzuführen. Dem Konkursverwalter steht außerdem das Betreibungsrecht nach § 117 der K.=O. zu, selbst gegen den Willen des Gläubigers.

Wenn dagegen die im Urteil resp. in der Vollstreckungsklausel benannte Person des Exequendus vor dem Beginn eines Vollstreckungsaktes verstorben ist oder über das Vermögen dieser Person vor dem Akte Konkurs eröffnet ist, so darf ein neuer Vollstreckungsakt gegen den Nachlaß sowie gegen das zur Konkursmasse oder das sonstige Vermögen des Exequendus auf Antrag eines Nachlaßgläubigers oder eines Konkursgläubigers (K.=O. § 11) ohne weiteres nicht begonnen werden, vielmehr ist das zu Gunsten eines Konkursgläubigers nach dem cit. § 11 der K.=O. überhaupt unzulässig, so lange das Konkursverfahren dauert: Zu Gunsten anderer Gläubiger, als derjenigen, welche nicht blos ein persönliches Forderungsrecht haben (K.=O. § 2), ist dagegen ein Zwangsvollstreckungsverfahren möglich, ebenso zu Gunsten derjenigen Gläubiger, welche nach der Eröffnung des Verfahrens einen persönlichen Anspruch an

---

*) Vgl. 1) C.=Pr.=O. §§ 712 Abs. 3, 727 Abs. 3 (717 Abs. 1) — 2) § 730 Abs. 2 — 3) § 743 — 4) § 761.

den Konkursschuldner erworben haben, hier abgesehen natürlich von dem zur Konkursmasse (K.-O. § 1) gehörigen Vermögen. Wird die Zwangsvollstreckung auf dieses Vermögen ausgedehnt, so ist der Konkursverwalter nach den oben pag. 78 sub b dargelegten Grundsätzen zur Widerspruchsklage zuzulassen.

Ist der Exequendus vor dem Beginne des beantragten Zwangsvollstreckungsaktes gestorben, so findet die Erstreckung der Vollstreckungsklausel gegen die Erben, welche bereits Rechtsnachfolger geworden sind, nach Maßgabe des § 665 der C.-Pr.-O. statt und das Verfahren kann dann gegen die in der Vollstreckungsklausel benannten Erben begonnen werden. Ruht die Erbschaft, oder ist der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt, so muß der Gläubiger zunächst bei dem zuständigen Nachlaßgerichte die Bestellung eines Kurators (des Nachlasses oder des Erben, nach näherer Vorschrift der Landesgesetze) erwirken, und gegen diesen nach Vorschrift des § 665 die Vollstreckungsklausel sich erteilen lassen. Sodann kann das Verfahren gegen das Nachlaßvermögen beginnen (C.-Pr.-O. § 694). Dasselbe muß natürlich auch gelten, wenn bereits ohne Antrag des Gläubigers ein Kurator bestellt ist.

Da nach gemeinem Rechte der Nachlaßkurator nur zur Vermögenserhaltung und Verwaltung, nicht für die Person des Erben bestellt wird,

vgl. Windscheid Lehrbuch § 447,

so ist in solchem Falle auch ein Zwangsvollstreckungsverfahren nur insoweit möglich, als es sich um einen gegen das Nachlaßvermögen gerichteten Akt handelt, nicht insoweit persönliche Leistungen des Erben zu erzwingen sind.

Ebenso kann eine Zwangsvollstreckung nicht beginnen, wenn nach erteiltem Auftrage resp. nach gestelltem Antrage des Gläubigers dieser vor Beginn eines Vollstreckungsaktes resp. eines neuen Vollstreckungsaktes stirbt. Es bedarf dann zunächst der Erstreckung der Klausel nach § 665 C.-Pr.-O. Dagegen hindert die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers den Vollstreckungsbeamten resp. das Gericht nicht, einen Vollstreckungsakt zu beginnen; denn nach der Konkursordnung tritt

eine Veränderung der Rechtssubjektivität in der Person des Gemeinschuldners nicht ein. Der Vollstreckungsakt wird nach wie vor auf den Namen des Gemeinschuldners vorgenommen, und gehört die vollstreckbare Forderung zur Konkursmasse, so geht die weitere Verfügung auf den Konkursverwalter über. Dasselbe muß gelten, wenn ein dem Schuldner zustehendes Zwangsvollstreckungsrecht gepfändet ist. Der Gläubiger betreibt das gepfändete Zwangsvollstreckungs-Recht nunmehr Namens des Schuldners, ohne daß es für ihn einer neuen Klausel bedarf.

Wenn die Leistung des Schuldners erst nach Ablauf einer bestimmten Frist oder nachdem der Gläubiger Sicherheit geleistet hat, verlangt werden kann, so darf die Vollstreckung nicht eher beginnen, als bis die Frist abgelaufen oder die Sicherheitsbestellung in gesetzlicher Weise (durch öffentliche Urkunde, welche zugestellt werden muß) nachgewiesen ist (C.-Pr.-O. § 672). Die Prüfung dieser Thatsachen liegt dem Vollstreckungsbeamten ob, wie bereits ausgeführt ist.

Gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, nachdem von derselben die vorgesetzte Militärbehörde Anzeige erhalten hat. Dem Gläubiger ist auf Verlangen der Empfang der Anzeige von der Militärbehörde zu bestätigen. Damit ist nicht gesagt, daß die Anzeige immer vom Gläubiger geschehen muß, und daß der Gläubiger immer erst die Bestätigungsurkunde vorlegen muß. Vielmehr kann die Anzeige auch vom Gerichtsvollzieher oder vom Vollstreckungsgerichte erfolgen, und brauchen diese eine Bestätigung nicht abzuwarten (C.-Pr.-O. § 673).

§ 32.

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Von Einstellung der Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne kann man nur dann sprechen, wenn das Zwangsvollstreckungsverfahren bereits begonnen hat. Wie wir schon gesehen haben, ist grundsätzlich jeder einmal begonnene Zwangsvollstreckungsakt von Amtswegen zu Ende zu führen, es sei denn, daß einer der von der Prozeßordnung zugelassenen Einstellungsgründe vorliege.

Dabei versteht sich von selber, daß diese Gründe dann, wenn das Verfahren noch nicht begonnen ist, auch den Beginn des Verfahrens hindern.

Diese Einstellungsgründe, welche unter Umständen nur zur entsprechenden Beschränkung des Verfahrens führen, sind im § 691 aufgeführt.

Diese Gründe beruhen

1) entweder darauf, daß zufolge einer gerichtlichen Entscheidung die Zwangsvollstreckung entweder definitiv oder doch wenigstens vorläufig zu unterbleiben hat (§ 691, nr. 1 u. 2),

2) auf einer dem Gläubiger geleisteten Sicherheit (C.-Pr.-O. § 691 nr. 3), oder

3) darauf, daß der Schuldner den Gläubiger befriedigt oder Stundung von ihm erlangt hat (§ 691 nr. 4 u. 5).

Ad. 1: Definitiv wird das Verfahren eingestellt in folgenden Fällen:

a) wenn der vollstreckbare Schuldtitel oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit durch eine vollstreckbare Entscheidung wieder aufgehoben wird. Vollstreckbar ist jede Entscheidung, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Vollstreckbar ist aber auch die nach § 655 Abs. 1 C.-Pr.-O. erlassene Entscheidung, ohne daß die bezeichneten Erfordernisse vorliegen (vgl. oben pag. 16).

Ist der vollstreckbare Schuldtitel ein richterliches Urteil, so kann die Aufhebung des Urteils in Folge des Einspruchs, eines Rechtsmittels oder in Folge der Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgen. — Vollstreckungsbefehle stehen einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich. (C.-Pr.-O. § 640.) — Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet, können in der Beschwerdeinstanz aufgehoben werden, und sind dann diese Entscheidungen ihrerseits wieder vollstreckbar. — Vergleiche können ebenso wie vollstreckbare Urkunden im ordentlichen Rechtswege angefochten und aufgehoben werden.

b) wenn die Zwangsvollstreckung durch vollstreckbare Entscheidung für unzulässig erklärt wird. Dies kann geschehen

im Widerspruchsverfahren nach § 690 d. C.-Pr.-O., sowie im Verfahren auf neue Einreden nach § 686,

c. wenn die Einstellung des Zwangsvollstreckungsverfahrens durch vollstreckbare*) Entscheidung angeordnet ist. Dies kann stattfinden nach § 689 im Urteile über neue Einreden, sowie nach § 690 im Urteile über die Widerspruchsklage.

In allen diesen Fällen hat der Schuldner oder der Dritte, welcher eine solche vollstreckbare Entscheidung erwirkt hat, dem Gerichtsvollzieher resp. dem Vollstreckungsgerichte eine (einfache) Ausfertigung der Entscheidung mit dem Nachweise der Vollstreckbarkeit, soweit diese nicht aus dem Inhalte der Entscheidung erhellt, vorzulegen. Der Gerichtsvollzieher resp. das Gericht haben dann ihr Verfahren einzustellen und die getroffenen Vollstreckungsmaßregeln wieder aufzuheben, also den status quo wieder herzustellen (C.-Pr.-O. § 691 Nr. 1 § 692).

Nur vorläufig wird das Verfahren eingestellt, wenn durch gerichtliche Entscheidung — ob vollstreckbar oder nicht — die einstweilige Einstellung des Verfahrens oder nur einer einzelnen Vollstreckungsmaßregel angeordnet ist (§ 691 Nr. 2). Solche Anordnungen sind zulässig nach § 647 (657), 668, 688 (690). Nach § 688 kann jedoch das Verfahren nur bis zum Erlasse des Endurteils ausgesetzt werden, also bis dahin, wo durch Endurteil die verfügte Einstellung des Verfahrens gemäß § 689 wieder aufgehoben ist. Im Falle des § 668 sowie im Falle des § 647 (657) erfolgt die Anordnung der Einstellung der Zwangsvollstreckung „einstweilen", d. h. bis auf andere gerichtliche Anordnung. Das Verfahren wird hier also so lange eingestellt, bis nicht anderweitige gerichtliche Anordnung ergeht.

Will ein Schuldner oder ein Dritter die Einstellung des Verfahrens nach § 691 Nr. 2 erreichen, so muß er eine Aus-

---

*) Vollstreckbar ist immer die in dieser Beziehung in der Berufungsinstanz ergangene Entscheidung, vgl. C.-Pr.-O. § 689 (690) und § 656 Abs. 3 und oben pag. 111 a. E.

fertigung der betr. Entscheidung dem Gerichtsvollzieher resp. dem Vollstreckungsgerichte vorlegen. Diese haben dann das Verfahren bis auf erneuerten Antrag des Gläubigers, durch welchen eine anderweitige gerichtliche Anordnung resp. die Wiederaufhebung der betr. Entscheidung nachgewiesen wird, einzustellen. Bis dahin bleiben zunächst die bereits vollzogenen Vollstreckungsmaßregeln bestehen, sofern nicht in der betr. Entscheidung auch die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungsmaßregeln angeordnet ist (C.-Pr.-O. § 692).

ad 2: Sicherheitsleistung oder Hinterlegung des Streitgegenstandes können nur dann Einfluß auf den Fortgang des Verfahrens haben, wenn solche zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nachgelassen sind (C.-Pr.-O. § 691 Nr. 3).

Solches muß zunächst auf Antrag des Schuldners dann geschehen, wenn ein Urteil gesprochen werden soll, welches nach Maßgabe der Bestimmungen in den §§ 648—650 (oben pag. 14) für vorläufig vollstreckbar erklärt werden soll. In diesem Falle muß dem Schuldner auf seinen vor Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, zu stellenden (§ 653) Antrag in dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile — soferne nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten — nachgelassen werden, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden. — Hat der Gläubiger sich zur Vermeidung dieser Freilassung an den Schuldner zur Sicherheitsleistung erboten, so ist der Beginn der Zwangsvollstreckung im Urteile von solcher vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig zu machen (vgl. hierüber den vorigen Paragraphen S. 143). Hat der Gläubiger das nicht gethan, so muß dem Schuldner solches nachgelassen werden. Dann wird der Beginn des Zwangsvollstreckungsverfahrens freilich nicht gehindert, wohl aber wird das Verfahren, und zwar mit der Wirkung, daß auch die bisherigen Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben sind, eingestellt, wenn der Schuldner eine öffentliche Urkunde (C.-Pr.-O. § 380) vorlegt, aus welcher sich ergiebt, daß er die ihm nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung beschafft hat. — Legt der Schuldner eine

solche Urkunde vor, so muß der Vollstreckungsbeamte resp. das Vollstreckungsgericht das Verfahren einstellen und die bereits getroffenen Maßregeln wieder aufheben, wenn die gestellte Sicherheit der betr. gerichtlichen Entscheidung, welche solche angeordnet hat,*) entspricht. — Die Einstellung des Verfahrens ist hier also in der Weise definitiv, daß das begonnene Verfahren mit seinen für den Gläubiger erzielten Wirkungen endgültig beseitigt wird (§§ 691 Nr. 3, 692). — Der Gläubiger erhält seine Befriedigung nicht mehr im Wege der Zwangsvollstreckung, sondern durch die bestellte Sicherheit.

ad 3: Befriedigung des Gläubigers sowie die von demselben gewährte Stundung müssen selbstverständlich zur Einstellung des Verfahrens führen. Im Falle der Befriedigung erlischt das klägerische Recht definitiv, im Falle der Stundung erwirbt der Schuldner eine Einrede. In beiden Fällen würde der Schuldner berechtigt sein, diese Einwendungen auf dem im § 686 vorgeschriebenen Wege zu verfolgen, und dann die Einstellung des Verfahrens noch nach § 688 (vgl. 691 sub 2) erreichen können. Dieser Weg ist freilich dem Schuldner niemals genommen, würde aber regelmäßig zu seiner Verurteilung in die Kosten nach § 89 der C.-Pr.-O. führen. — Um diesen Umweg zu vermeiden, verstattet die Prozeßordnung die Einstellung des Verfahrens, wenn eine öffentliche Urkunde oder eine vom Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß der Gläubiger nach der Entstehung des vollstreckbaren Schuldtitels befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat (C.-Pr.-O. § 691 Nr. 4), sowie wenn ein Postschein vorgelegt wird, aus welchem sich ergiebt, daß nach der Entstehung des Schuldtitels die zur Befriedigung des Gläubigers erforder-

*) Diese Entscheidung muß sich selbstverständlich immer darüber aussprechen, ob die Hinterlegung in baarem Gelde oder in welchen bestimmten Wertpapieren (nach Zahl und Größe) zu geschehen hat (C.-Pr.-O. § 101). Ist in letzterer Beziehung noch ein Vorbehalt gemacht, so kann das Verfahren auch erst eingestellt werden, wenn das Prozeßgericht diesen Vorbehalt dahin erledigt hat, daß es die bestellte Sicherheit für genügend erklärt.

liche Summe zur Auszahlung an den letzteren bei der Post eingezahlt ist (C.-Pr.-O. § 691 Nr. 5). In diesen Fällen findet jedoch nur eine einstweilige Einstellung des Verfahrens ohne Wiederaufhebung der Vollstreckungsmaßregeln statt (§ 692). Es ist von dieser Einstellung dem Gläubiger Kenntnis zu geben. Verlangt der Gläubiger die Fortsetzung des Verfahrens, so muß dasselbe wieder aufgenommen werden, es erübrigt dann dem Schuldner der vorhin bezeichnete Weg. — Ist aber Befriedigung oder Stundung erfolgt, so muß der Gläubiger solches dem Vollstreckungsbeamten resp. dem Vollstreckungsgerichte mitteilen.*) Im ersteren Falle sind die Vollstreckungsmaßregeln wieder aufzuheben, im anderen Falle bleiben dieselben bei Bestand, und ist nach Ablauf der Frist resp. auf erneuerten Antrag das Verfahren fortzusetzen.

Viertes Kapitel.

Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

I.

Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

§ 33.

Die Pfändung im Allgemeinen.

Die Pfändung ist die einzige Form der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Die Form der Pfändung ist eine verschiedene, je nachdem Sachen, Forderungen oder andere Vermögensrechte gepfändet werden sollen. Sie ist Beschlagnahme, d. h. Besitz- resp. Dispositionsentziehung seitens des Organes der Zwangsvollstreckung.

Der ordnungsmäßig vorgenommene Akt der Pfändung ver-

*) Versäumt der Gläubiger das, so setzt er sich der Klage aus § 686 aus.

schafft dem Gläubiger, für welchen die Pfändung erfolgte, ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande.

Die Civilprozeßordnung hat — wie die Motive ergeben — damit in bewußter Weise an das gemeine Recht anknüpfen wollen, und durch die Gewährung eines Pfandrechts das Vorzugsrecht des Pfändungspfandgläubigers in der Weise sichern wollen, daß dadurch die Priorität dieses vor allen späteren Pfandgläubigern und sämtlichen Chirographargläubigern, d. h. den bloß persönlichen Gläubigern und denjenigen Pfandgläubigern, welche für den Fall des Konkurses den Faustpfandgläubigern nicht gleichstehen, gesichert sein sollte. — Das will der Satz (§ 709 Abs. 2) sagen:

„Das Pfändungspfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind."

Welche Pfand- und Vorzugsrechte den Faustpfandrechten gleichstehen, ergiebt § 41 der Konk.-Ordnung.

Über die Priorität des Pfändungspfandrechtes zu anderen Faustpfandrechten resp. diesen gleichstehenden Rechten ist in der C.-Pr.-O. § 709 Abs. 3 nur bestimmt, daß das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht demjenigen vorgeht, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird.

Im übrigen bestimmt sich die Priorität dieser Pfandrechte unter einander lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen,

vgl. meine Abhandlung über das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters. Rostock 1884 pag. 48,

von Sarwey, die Konk.-Ordn. 2. Aufl. § 41 Nr. 1, 2 und 13 a (pag. 378 not. *) und Nr. 24 a. E.

Beansprucht ein Pfandgläubiger bezüglich einer gepfändeten beweglichen Sache ein besseres Recht *) als der Pfändungspfand-

---

*) Ein solches Vorrecht kann die Landesgesetzgebung auch den nach § 709 Abs. 2 nicht anerkannten Pfand- und Vorzugsrechten auf Grund von § 23 des Einf.-Ges. z. C.-Pr.-O. gewähren.

gläubiger, so kann er die actio hypothecaria auf Herausgabe der Sache gegen den letztern nicht anstellen, er ist vielmehr nach § 710 der C.-Pr.-O. gehalten, sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung im Wege der Klage beim Vollstreckungsgerichte resp. beim Landgerichte, in dessen Bezirke das Vollstreckungsgericht seinen Sitz hat, geltend machen. Er kann dies selbst in dem Falle, wenn seine Forderung noch nicht fällig ist. Im Falle der Glaubhaftmachung des Anspruchs hat das Gericht die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen. Im übrigen gelten bezüglich des Verfahrens die oben § 21 dargestellten allgemeinen Grundsätze, sowie bezüglich einstweiliger Anordnungen die oben § 24 erläuterten besonderen Bestimmungen der §§ 688 und 689 der C.-Pr.-O.

Abgesehen von diesen Bestimmungen über die Prioritätsrechte des Pfändungspfandgläubigers sowie über Ausschluß der actio hypothecaria gegen denselben enthält die Prozeßordnung keine allgemeinen Bestimmungen über die Wirkung des Pfandrechtes. Dieselben sind verschieden je nachdem Sachen oder Rechte gepfändet sind, es wird deshalb hierüber in den folgenden Paragraphen besonders gehandelt werden. Hier ist nur hervorzuheben, daß nach der Prozeßordnung das Recht der Verwertung des gepfändeten Gegenstandes niemals durch den Gläubiger sondern immer durch das Vollstreckungsorgan ausgeübt wird, ebenso das Recht des Besitzes. Mit solchen Beschränkungen kann also auch der Gläubiger sein Pfandrecht nur im Wege der Klage verfolgen. In wie weit aber diese Klage gegen den dritten Besitzer, welcher bona fide die Sache erworben hat, geht, bestimmt sich lediglich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Die Verfolgbarkeit scheitert an der vom bürgerlichen Rechte gezogenen Grenze der Vindikabilität beweglicher Sachen.

Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß durch die Pfändung einer beweglichen Sache der juristische Besitz, insbesondere der Usukapionsbesitz des Schuldners nicht unterbrochen wird. Nach gemeinem Recht hat der Faustpfandgläubiger den abgeleiteten Besitz. Die im Zwangsvollstreckungsverfahren des heu-

tigen Rechtes gepfändete Sache besitzt (detiniert) der Gerichtsvollzieher, das Usukapionsrecht dagegen verbleibt dem Schuldner. Daraus folgt, daß der Gerichtsvollzieher die gepfändete Sache für den Schuldner und nicht, wie allgemein behauptet wird, für den Gläubiger besitzt.

§ 34.

Die Pfändung körperlicher Sachen.

1. Der Akt der Pfändung.

Die Pfändung körperlicher Sachen ist entweder erste Pfändung (§ 712 flgg.) oder Anschlußpfändung (§ 727 flg.).

a) Die erste Pfändung erfolgt durch Inbesitznahme der zu pfändenden Sache. Es ist ein körperlicher Akt der Ergreifung insoweit nötig, daß man sagen kann, der Gerichtsvollzieher sei kraft eigener Gewalt Besitzer der Sache geworden. Eine Besitzergreifung nicht durch eigenmächtige Handlung sondern durch Rechtsgeschäft mit dem Schuldner (constitutum possessorum) ist keine Pfändung, erzeugt also auch nicht die Wirkung. Damit ist ausgesprochen, daß der Gerichtsvollzieher entweder selbst die Sache in seinen Gewahrsam nehmen muß oder die Sache einem Dritten in Gewahrsam geben muß, jedenfalls muß die Sache aus dem Gewahrsam des Schuldners gebracht werden. Erst dann ist der Akt der Pfändung in den regelmäßigen Fällen vollendet. Ausnahmsweise, — nämlich wenn der Gläubiger einwilligt oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist — können die Sachen im Gewahrsam des Schuldners verbleiben. In diesem Falle ist aber die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist klar zu stellen. Es ist behauptet worden,

vgl. Entsch. des Reichsger. in Straff. Bd. II. nr. 93.

„daß durch die Verabsäumung dieser formellen Vorschrift die Pfändung jedenfalls rechtlich ihre Natur an sich dergestalt beibehalte, daß eine vorsätzliche Entziehung aus der amtlichen Verstrickung den Thatbestand des § 137 des St.-G.-B. erfüllt, wenn

es auch richtig sein möge, daß in solchem Falle der sonstige Erwerb eines dem Faustpfandrechte gleichstehenden Pfandrechtes für den Gläubiger nicht eintrete."

Damit ist aber ausgesprochen, daß die „wirksame" Pfändung nach § 712 Abs. 2 etwas anderes ist als die „sonstige" Pfändung nach § 712 Abs. 1. Freilich erkennt das Reichsgericht,

vgl. Entsch. dess. Bd. V. nr. 10

eine Pfändung nur dann als Pfändung im Sinne des § 137 d. Str.-G.-B. an, wenn der Gerichtsvollzieher die zu pfändenden Sachen in Besitz nimmt, aber es erblickt eine solche Besitzergreifung schon darin, wenn der Gerichtsvollzieher trotz der angeblichen Besitzergreifung die Sachen ohne die nach § 712 Abs. 2 erforderliche Kennzeichnung im Gewahrsam des Schuldners läßt. Diese Auffassung erscheint fehlsam. Läßt der Vollstreckungsbeamte die Sachen im Gewahrsam des Schuldners zurück, so ist nicht der Gerichtsvollzieher, sondern der Schuldner Besitzer nach wie vor geblieben, ersterer würde in solchem Falle nur Besitzer sein können, wenn der Schuldner nunmehr auf Grund eines Rechtsgeschäftes (constitutum) für den Gerichtsvollzieher besitzen wollte. Eine Pfändung durch constitutum ist ausgeschlossen; es gehört dazu, wie wir gesehen haben, eigenmächtige Besitzentsetzung, corpore, äußerlich erkennbar in der Entziehung des Gewahrsams. Eine Besitzentziehung ohne Entziehung des Gewahrsams ist contradictio in adjecto. Der Gerichtsvollzieher, welcher im Stalle des Schuldners dem anwesenden Schuldner erklärt, er wolle nunmehr von dem gegenwärtigen von ihm mit der Hand berührten Pferde Besitz ergriffen haben, ist niemals Besitzer des Pferdes geworden, wenn der Schuldner das Pferd in seinem Stalle behält. Die Erklärung macht den Gerichtsvollzieher deshalb nicht zum Besitzer, weil sie mit den thatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch steht. Der Besitz des Schuldners ist durch solche Erklärung niemals unterbrochen, sondern höchstens gestört. Die Prozeßordnung hat jedoch — um den Vollstreckungsbeamten nicht in jedem Falle vor die Notwendigkeit zu stellen, dem Schuldner die zu pfändende Sache aus dessen Gewahrsam fortzunehmen, — vorgeschrieben, daß in be-

stimmten Fällen dem Schuldner der Gewahrsam bleiben kann, daß in diesen Fällen die Pfändung — also die Besitzergreifung — durch bestimmte äußere Zeichen ersichtlich gemacht werden muß. Diese Ersichtlichmachung ist aber weiter nichts als die bestimmt vorgeschriebene Form der Besitzergreifung. Nur in dieser Form ist eine Besitzergreifung möglich, anders nicht. Die Prozeßordnung steht damit auf dem Standpunkte des gemeinen deutschen Rechts sowohl einheimischen als fremden Ursprungs. Der Gebrauch, durch Aufdrückung eines Zeichens Besitz zu ergreifen, hat seinen Ursprung sowohl im deutschen als römischen Rechte. Es ist dies für das deutsche Recht ausgeführt von

Homeyer, die Haus- und Hofmarken, Berlin 1870, pag. 330.

Für das römische Recht ist es allerdings streitig, ob durch Aufdrückung des Zeichens Besitz erworben wird oder nicht. Nach der richtigen Auffassung wird jedoch diese Streitfrage mit Paulus (L. 14 § 1 de peric. et comm. „videri autem trabes traditas, quas emtor signasset") gegen Ulpian (L. 1 pr. eod.) bejaht,

vgl. Kohlert in Grünh. Ztschr. Bd. 12 pag. 1 flgg.

Man darf also nur annehmen, daß die Prozeßordnung mit der Bestimmung des § 712 Abs. 2 gerade diese bestimmte Form der Besitzergreifung, wodurch die gepfändete Sache aus dem ihr aufgedrückten amtlichen Siegel und Zeichen sich selbst als eine gepfändete darstellt, für den Akt der Pfändung vorgeschrieben hat. Das geht denn auch aus der Fassung des Gesetzes hervor; denn nicht die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts — wie man doch nach der cit. Reichsger.-Entscheidung annehmen müßte — sondern die Wirksamkeit der Pfändung an sich ist von der Erfüllung dieser Form abhängig gemacht. Ein unwirksamer Akt ist aber jedenfalls kein Rechtsakt, und kann weder positiv noch negativ Rechtswirkungen erzeugen. Wir kommen also zu folgendem Resultate: Die erste Pfändung erfolgt durch Besitzergreifung der Sache durch den Vollstreckungsbeamten. Diese Besitzergreifung muß regelmäßig Fortnahme aus der Detention des Schuldners sein. In Ausnahmefällen erfolgt sie durch Anlegung eines Amtssiegels oder durch ähnliche äußere Kennzeichnung der

gepfändeten Sache unter Belassung der Sache im Gewahrsam des Schuldners. In derselben Weise ist zu verfahren, wenn sich die zu pfändenden Sachen im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden (C.-Pr.-O. § 712). Der Gerichtsvollzieher hat von der geschehenen Pfändung den Schuldner in Kenntnis zu setzen (vgl. § 712 Abs. 3). Die Wirksamkeit der Pfändung wird durch die Vernachlässigung dieser Vorschrift nicht berührt.

b) Die Anschlußpfändung ist Pfändung bereits gepfändeter Sachen. Sie erfolgt nicht durch Besitzergreifung, sondern durch Aufnahme eines Protokolles, zu welchem der Gerichtsvollzieher erklärt, daß er die gepfändeten Sachen für seinen Auftraggeber pfände (C.-Pr.-O. § 727 Abs. 1). Damit ist die Pfändung bewirkt. Die Anschlußpfändung kann sowohl durch denselben Gerichtsvollzieher, welcher die erste Pfändung vorgenommen hat, als auch durch einen anderen Gerichtsvollzieher vorgenommen werden. Wird sie durch denselben Gerichtsvollzieher vorgenommen, so macht sich die Sache sehr einfach, dieser Beamte übt nun seinen Besitz sowohl für den ersten als auch für den zweiten Gläubiger resp. für denselben Gläubiger wegen verschiedener Forderungen aus bis dahin, wo sämtliche Forderungen erledigt sind.

Hat ein anderer Gerichtsvollzieher die Anschlußpfändung vorgenommen, so ist dessen Thätigkeit als Vollstreckungsbeamter damit aus. Die weitere Erledigung des Auftrages des zweiten Gläubigers geht kraft Gesetzes auf den Gerichtsvollzieher des ersten Gläubigers über. Zu diesem Zwecke ist demselben eine Abschrift des Protokolles des zweiten Gerichtsvollziehers zuzustellen (C.-Pr.-O. § 728 Abs. 1, § 727 Abs. 2). Nunmehr hat dieser Gerichtsvollzieher resp. ein nach § 728 Abs. 1 vom Vollstreckungsgerichte bestellter Gerichtsvollzieher an dessen Stelle beide Aufträge zu erledigen. Dieser Gerichtsvollzieher — und nicht etwa derjenige, welcher die Anschlußpfändung vollzogen hat, — bleibt auch kompetent, den letzteren Pfändungsakt durchzuführen, wenn inzwischen — d. h. nach der Anschlußpfändung — sein eigener Auftrag vom ersten Gläubiger erledigt wird. Der erste

Besitzergreifungsakt dauert auch für die Anschlußpfändung fort, bis alle Aufträge erledigt sind. Der Schuldner ist von allen Anschlußpfändungen in Kenntnis zu setzen (C.-Pr.-O. § 727 Abs. 3). Einfluß auf die Wirksamkeit der Anschlußpfändung hat die Nichtbeachtung dieser Bestimmung sowie derjenigen in § 727 Abs. 2 über die Zustellung des Protokolles an den ersten Gerichtsvollzieher an sich freilich nicht, wohl aber macht sich der Gerichtsvollzieher durch die Nichtbeachtung verantwortlich.

2. Welche körperliche Sachen können gepfändet werden?

Da die Pfändung durch Besitzergreifung erfolgt, so können nur solche körperliche Sachen gepfändet werden, an welchem ein Besitz möglich ist. Deshalb können nicht gepfändet werden Sachgesamtheiten. Gegenstand der Pfändung sind die einzelnen Sachen, nicht die Gesamtheit als solche,

vgl. Entsch. d. O.-L.-G. zu Rostock in der Meckl. Ztschr. Bd. IV. S. 217 flg.

An Bestandteilen einer anderen Sache ist ein Besitz, wenn auch nicht aus natürlichen so doch aus juristischen Gründen deshalb nicht möglich, weil an den Bestandteilen besondere d. h. von der Hauptsache verschiedene Rechtsverhältnisse nach Auffassung des gemeinen Rechts nicht möglich sind. Vom Standpunkte des gemeinen Rechts ist es deshalb als eine Anomalie zu bezeichnen, wenn die Prozeßordnung auch die Früchte, bevor sie vom Boden getrennt sind, der Pfändung unterwirft (§ 714). Die Früchte können sowohl dem Eigentümer, als auch demjenigen, welcher zu denselben dinglich oder obligatorisch berechtigt ist, gepfändet werden. Werden im letzteren Falle Früchte gepfändet, welche nicht unter das Recht des Schuldners fallen, so bleibt dem Eigentümer sein Widerspruchsrecht nach § 690. Bessere Pfand- und Vorzugsrechte sind nach § 710 C.-Pr.-O. geltend zu machen. Werden Früchte, welche noch nicht vom Boden getrennt sind, gepfändet, so ist hier eine Inbesitznahme entweder wieder corpore erforderlich d. h. so, daß der Schuldner als Besitzer des Grund und Bodens zum entsprechenden Teile aus solchem Besitze entsetzt und ein be-

sonderer Hüter bestellt wird, oder es erfolgt die Inbesitznahme durch Anbringung von Zeichen oder Marken z. B. bei Bäumen resp. durch Anbringung von Pfandtafeln bei Kornfeldern u. dergl. Der Code de procedure art. 626 flgg. hatte hierüber besondere von der Prozeßordnung allerdings nicht aufgenommene Bestimmungen.

Auch *Geld* kann gepfändet werden. Auch in diesem Falle entsteht ein Pfandrecht mit allen Wirkungen desselben. Dasselbe hat jedoch — abgesehen von dem Falle der dem Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassenen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung nur eine kurze Dauer, es geht, sowie es entstanden ist, wieder unter, da es schon mit der Existenz seinen Zweck erfüllt hat, wie sich aus C.-Pr.-O. § 716 Abs. 2 ergiebt.

Der Pfändung sind nicht unterworfen: (C.-Pr.-O. § 715)

1) Die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Küchengeräth, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind;

2) die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;

3) eine Milchkuh oder nach Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalt und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Tiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;

4) bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei Hebammen die zur *persönlichen* Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände;

5) bei Personen, welche Landwirtschaft betreiben, das zum Wirtschaftsbetriebe unentbehrliche Geräth, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nötigen Dünger, sowie die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind;

6) bei Offizieren, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwälten,

Notaren und Ärzten die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung;

7) bei Offizieren, Militärärzten, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Teile des Diensteinkommens oder der Pension für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termine der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt;

8) die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren;

9) Orden und Ehrenzeichen;

10) Die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder Schule bestimmt sind;

11) das Inventarium der Posthaltereien (Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 20 und Einf.-Ges. zur C.-Pr.-O. § 13).

§ 35.

Die Verwertung der gepfändeten Sachen.

Einer Verwertung der gepfändeten Sachen bedarf es dann nicht, wenn Geld gepfändet ist. In diesem Falle gilt die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners, falls nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden. Wie ist es aber, wenn das weggenommene Geld fremdes Eigentum war, dem Schuldner also nicht gehörte? Hier hat der Dritte das Widerspruchsrecht aus § 690 d. C.-Pr.-O., wodurch er event. schon die Ablieferung des Geldes an den Gläubiger verhindern kann*). Wird auf diesem Wege die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, so wird damit die Pfändung für unwirksam erklärt, die Wirkung derselben — Be-

*) Hat der Gläubiger das fremde Geld vor Erhebung der Widerspruchsklage bona fide konsumiert, so ist nach bekannten Rechtsgrundsätzen (Windscheid, Lehrbuch § 342 not. 8) für das Klagrecht des Dritten kein Raum.

friedigung des Gläubigers durch (vom Gesetz angenommene, fingierte) Zahlung des Schuldners — wird wieder aufgehoben.

Im übrigen, also abgesehen von der Pfändung von Geld — erfolgt die Verwertung der gepfändeten Gegenstände durch den Gerichtsvollzieher, und zwar entweder durch Versteigerung oder durch freihändigen Verkauf oder auf andere Weise.

1) Die Versteigerung der gepfändeten Sachen ist die regelmäßige Art der Verwertung. Einer vorgängigen Abschätzung der Pfandstücke bedarf es nur in dem Falle, wenn dies Kostbarkeiten sind (§ 716 Abs. 1). Was Kostbarkeiten sind, sagt die Prozeßordnung nicht näher. Jedenfalls sind es nicht nur Gold- und Silbersachen (§ 721), sondern überhaupt alle Sachen von hohem, nicht gewöhnlichem Werte (Raritäten, Antiquitäten, Kunstschätze 2c.). Die Versteigerung erfolgt öffentlich, nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung, nach vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung, in der Gemeinde, in welcher die Pfändung vorgenommen ist. Es ist nicht ausgeschlossen, daß Gläubiger und Schuldner sich über eine andere Zeit oder einen anderen Ort einigen. Auch können die Pfandstücke vor Ablauf der einwöchigen Frist versteigert werden, wenn dadurch die Gefahr einer beträchtlichen Wertsverringerung der Sache abgewendet oder die unverhältnismäßigen Kosten einer längeren Aufbewahrung vermieden werden (§§ 716 Abs. 1, 717). Die Versteigerung gepfändeter, vom Boden noch nicht getrennter Früchte ist erst nach der Reife zulässig. Sie kann vor oder nach der Trennung der Früchte erfolgen; in letzterem Falle hat der Gerichtsvollzieher die Aberntung bewirken zu lassen (§ 725).

Der Zuschlag erfolgt nach dreimaligem Aufrufe an den Meistbietenden, abgesehen von Gold- und Silbersachen, welche nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden dürfen, die Ablieferung nur gegen Baarzahlung. Wird die Ablieferung in der bestimmten Zeit oder spätestens bis zum Schlusse des Versteigerungstermines nicht verlangt, so wird die Sache anderweit versteigert, so daß der Meistbietende, welcher zum

weiteren Bote nicht zugelassen wird, für den Ausfall haftet, ohne auf den Mehrerlös Anspruch zu haben (§ 718). — Die Versteigerung wird eingestellt, sobald der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers, sowie zur Deckung sämtlicher Kosten ausreicht (§ 719). — Damit hat die Zwangsvollstreckung ihr Ziel erreicht. Die Wirkung ist sofortige Befriedigung des Gläubigers; denn mit der Empfangnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt der Gläubiger befriedigt, sie gilt als Zahlung an den Schuldner, soweit nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden (§ 720).

Diese Wirkung tritt ein, gleichgültig, ob der Schuldner Eigentümer der Pfandstücke war oder nicht. Der Gerichtsvollzieher überträgt kraft des Pfandrechts des Gläubigers das Eigentum an den Käufer. Er haftet nur für die Existenz des Pfandrechts; diese wird aber nur durch die ordnungsmäßige Pfändung, nicht dadurch bedingt, ob die Sache zum Vermögen des Schuldners gehörte. Ob aber das Pfändungspfandrecht vorhanden war, dafür haftet dem Käufer nur der Gerichtsvollzieher, nicht der Gläubiger; denn der Gerichtsvollzieher handelt, wie wir gesehen haben, nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern als Beamter.

So wenig, wie die Existenz besserer Pfandrechte nach § 710 der C.-Pr.-O. die Pfändung hindert, so wenig hindert sie die Versteigerung und die Übertragung des pfandfreien Eigentums an den Käufer. Die bevorzugten Gläubiger sind lediglich an den pfändenden Gläubiger und den Schuldner nach § 710 der C.-Pr.-O. gewiesen.

2) Der freihändige Verkauf.

Diese Art der Verwertung der Pfandstücke ist vorgeschrieben für Wertpapiere, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben (C.-Pr.-O. § 722), und nachgelassen für Gold- und Silbersachen, für welche bei der Versteigerung ein Gebot, welches dem Gold- oder Silberwert nicht entspricht, nicht erreicht ist. In diesem Falle können Gold- und Silbersachen von dem

Gerichtsvollzieher aus freier Hand zu dem Gold- oder Silberwerte verkauft werden.

Unter Wertpapieren, d. h. Urkunden über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist, im Sinne des § 722 C.-Pr.-O. sind Wertpapiere im engeren Sinne

vgl. Brunner in Endemann Handelsr. Bd. II § 191 not. 10 flgg.

zu verstehen, d. h. Wertpapiere mit Ausschluß von Wechseln und denjenigen indossabeln Papieren, welche den legitimierten Inhaber zur Geltendmachung einer Forderung berechtigen. Für den letzteren normiert der § 732, worüber weiter unten zu sprechen ist. Der Ausdruck Wertpapiere wird in der C.-Pr.-O. auch im weiteren Sinne also mit Einschluß der zuletzt bezeichneten Papiere gebraucht, z. B. in den §§ 101, 628, 702 Nr 5, und 770. —

Wertpapiere im engeren Sinne im Gegensatze zu den Forderungspapieren behandelt die C.-Pr.-O. mit Rücksicht auf die Zwangsvollstreckung als körperliche Sachen. Die Verwertung geschieht — falls die gepfändeten Papiere einen Börsen- oder Marktpreis nicht haben — im Wege der Versteigerung, wenn sie einen solchen Preis haben, durch freihändigen Verkauf durch den Gerichtsvollzieher zum Tageskurse.

Lautet ein gepfändetes Wertpapier auf Namen, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben (§ 723).

Ist ein gepfändetes Inhaberpapier durch Einschreibung auf den Namen oder in anderer Weise außer Kurs gesetzt, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Wiederinkurssetzung zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben (§ 724).

3) Die Verwertung der gepfändeten Sachen in anderer Weise oder an einem anderen Orte als sub 1

und 2 angegeben ist, kann auf Antrag des Gläubigers oder Schuldners vom Vollstreckungsgerichte angeordnet werden, auch kann vom Vollstreckungsgerichte auf Antrag eine andere Person als der Gerichtsvollzieher mit der Versteigerung der gepfändeten Sachen beauftragt werden.

4) Reicht der Erlös aus den für mehrere Gläubiger gepfändeten Gegenständen zur Befriedigung Aller nicht aus, so hat der Gerichtsvollzieher bei entstehenden Verteilungsstreitigkeiten die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Vollstreckungsgerichte anzuzeigen (C.-Pr.-O. § 728 Abs. 2 und 3).

§ 36.
Die Pfändung von Forderungen.

Der Akt der Pfändung besteht entweder in der Beschlagnahme der zu pfändenden Forderung durch das Gericht oder in der Inbesitznahme desjenigen Papiers, welches als Träger der Forderung erscheint, durch den Gerichtsvollzieher. Die letztere Art der Pfändung findet statt bei Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können (§ 732), also bei denjenigen Wertpapieren, welche nach der S. 160 gegebenen Definition nicht zu den Wertpapieren im engeren Sinne gehören. Der Akt der Pfändung solcher Forderungspapiere erfolgt in gleicher Weise, wie bei den Wertpapieren im engeren Sinne, dagegen erfolgt die Verwertung hier in derselben Weise wie bei der Pfändung anderer Forderungen. Alle übrigen Forderungen werden durch das Vollstreckungsgericht gepfändet. Welches Gericht kompetent ist, ist bereits oben § 26 sub 1 S. 133 dargelegt, vgl. C.-Pr.-O. § 729 Abs. 2. Die Pfändung erfolgt durch ein vom Gerichte an den Drittschuldner erlassenes Verbot, an den Schuldner zu zahlen resp. zu leisten. Die Pfändung ist mit der Zustellung dieses Beschlusses an den Drittschuldner als bewirkt anzusehen. Die Zustellung dieses Beschlusses, welcher ohne vorgängiges Gehör des Schuldners erlassen werden muß (§ 735), an den Drittschuldner erfolgt nicht von Amtswegen sondern auf Betreiben des Gläubigers. Der Gerichtsvollzieher, welcher im Auftrage des Gläubigers

dem Drittschuldner den Beschluß zugestellt hat, hat denselben sofort nach bewirkter Zustellung dem Schuldner mit einer Abschrift der Zustellungsurkunde zuzustellen, sofern nicht eine öffentliche Zustellung erforderlich wird. — Ist die Zustellung an den Drittschuldner auf unmittelbares Ersuchen des Gerichtsschreibers durch die Post erfolgt, so hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung an den Schuldner in gleicher Weise Sorge zu tragen. An Stelle einer an den Schuldner im Auslande zu bewirkenden Zustellung erfolgt die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161).

Gleichzeitig mit dem Beschlagnahmebeschlusse hat das Gericht an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten. Zur Pfändung gehört dieses Gebot nicht in dem Sinne, daß beim Unterbleiben desselben eine rechtsgültige Pfändung nicht vorhanden ist — das geht aus der Fassung des ersten und dritten Absatzes des § 730 C.-Pr.-O. hervor —; wohl aber gehört es zum Beschlagnahmebeschlusse insofern, als es — wenn es erlassen wird — in diesen Beschluß aufzunehmen ist, eine besondere Zustellung dieses Gebotes also nicht erfolgt. Immerhin kann der Gläubiger den Erlaß dieses Gebotes verlangen, wie aus der bestimmten Fassung des Gesetzes hervorgeht.

Inwieweit die Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen (§ 731). Die Wirksamkeit der Pfändung kann durch solche Vorschriften insofern berührt werden, als die Wirksamkeit der Pfändung Dritten gegenüber durch Nichtbeachtung dieser Vorschriften ausgeschlossen sein kann.

Eine Gehalts- oder ähnliche in fortlaufenden Bezügen bestehende Forderung wird als Ganzes betrachtet. Die Wirksamkeit einer Pfändung erstreckt sich auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge bis zur Tilgung der Schuld (§ 733). — Ebenso wird durch die Pfändung eines Diensteinkommens auch dasjenige Einkommen betroffen, welches der Schuldner durch Versetzung in ein anderes Amt, der Übertragung eines neuen Amtes oder einer Gehaltserhöhung zu beziehen hat,

sofern nicht die Person des Schuldners, bei welcher die Pfändung zu bewirken ist, eine andere wird (§ 734). Die praktische Bedeutung dieser Vorschriften (§§ 733, 734) liegt in der Prioritätsbestimmung des § 709 Abs. 3.

Geht der Anspruch, welcher gepfändet werden soll, auf die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen, so erfolgt der Akt der Pfändung in gleicher Weise; es hat jedoch, wenn der Anspruch eine bewegliche Sache betrifft, das Gericht weiter anzuordnen, daß die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben ist und, wenn der Anspruch eine unbewegliche Sache betrifft, anzuordnen, daß die Sache an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben ist (§§ 745—747).

Um die Pfändung von Forderungen sich zu sichern, kann der Gläubiger, welcher im Besitze eines vollstreckbaren Schuldtitels ist, auf Grund desselben den Schuldner und Drittschuldner durch den Gerichtsvollzieher als Zustellungsbeamten von der bevorstehenden Pfändung benachrichtigen und dabei an den Drittschuldner die Aufforderung richten, nicht an den Schuldner zu zahlen resp. zu leisten, sowie an den Schuldner die Aufforderung ergehen lassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten. Wenn dann die Pfändung innerhalb 3 Wochen seit dem Tage, an welchem der Drittschuldner benachrichtigt ist, erfolgt, so hat diese Benachrichtigung an den Drittschuldner die Wirkung eines Arrestes (§ 744, § 810).

Die Zulässigkeit der Pfändung von Forderungen ist insofern begrenzt, als der Pfändung nach positiver Vorschrift nicht unterworfen sind (§ 749):

1) Der Arbeits- und Dienstlohn nach Maßgabe des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869:

§ 1. Die Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar u. s. w.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden, darf, sofern dieses Verhältnis die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, zum Zwecke der Sicherstellung oder Befrie-

digung eines Gläubigers erst dann mit Beschlag belegt werden, nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselben eingefordert hat.

§ 2. Die Bestimmungen des § 1 können nicht mit rechtlicher Wirkung durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Soweit nach diesen Bestimmungen die Beschlagnahme unzulässig ist, ist auch jede Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung.

§ 3. Als Vergütung ist jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil anzusehen. Auch macht es keinen Unterschied, ob dieselbe nach Zeit oder Stück berechnet wird.

Ist die Vergütung mit dem Preise oder Wert für Material oder mit dem Ersatz anderer Auslagen in ungetrennter Summe bedungen, so gilt als Vergütung im Sinne des Gesetzes der Betrag, welcher nach Abzug des Preises oder des Wertes der Materialien und nach Abzug der Auslagen übrig bleibt.

§ 4. Das gegenwärtige Gesetz findet keine Anwendung:

1) auf den Gehalt und die Dienstbezüge der öffentlichen Beamten;
2) auf die Beitreibung der direkten persönlichen Staatssteuern und Kommunalabgaben (die derartigen Abgaben an Kreis-, Kirchen-, Schul- und sonstige Kommunalverbände mit eingeschlossen), sofern diese Steuern und Abgaben nicht seit länger als drei Monaten fällig geworden sind;
3) auf die Beitreibung der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentationsansprüche der Familienglieder;
4) auf den Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen, soweit der Gesamtbetrag die Summe von 400 Thalern jährlich übersteigt. *)

Als dauernd in diesem Sinne gilt das Dienstverhältnis, wenn dasselbe gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig mindestens auf ein Jahr oder bei unbe-

*) S. jedoch unten die Bestimmung in C.-Pr.-O. § 749 Abs. 3. (1500 ℳ!)

stimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten ist.

2. Die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen; *)
3. Die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des notdürftigen Unterhaltes für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;
4. Die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
5. der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
6. das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteile oder zur Besetzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
7. die Pensionen der Witwen und Waisen und die denselben aus Witwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter;
8. das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten; die Pension dieser Personen, nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt;
9. die den Inhabern des eisernen Kreuzes nach Maßgabe des Gesetzes vom 2. Juni 1878 gewährte Ehrenzulage (E.-G. z. C.-Pr.-O. § 13);

---

*) Streitfrage: Ob auch die nach dem Haftpflichtgesetze den Hinterbliebenen eines Getöteten zuerkannten Renten „Alimente" sind? Die Frage wird mit Recht gegen die Entsch. des Reichsger. (I. S. 231) bejaht von Stegemann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 68 pag. 28 flgg.

Übersteigen in den Fällen Nr. 7 und 8 das Diensteinkommen, die Pension oder die sonstigen Bezüge die Summe von 1500 Mk. für das Jahr, so ist der dritte Teil des Mehrbetrages der Pfändung unterworfen.

Der Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienst dauernd angestellten Personen (§ 4 Nr. 4 d. Ges. v. 21./6. 1869) sind nur soweit der Pfändung unterworfen, als der Gesamtbetrag die Summe von 1500 Mk. für das Jahr übersteigt.

In den Fällen der beiden vorhergehenden Absätze ist die Pfändung ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig, wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere, Militärärzte und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen noch bei Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen.

§ 37.

Die Verwertung gepfändeter Forderungen.

Die regelmäßige Art der Verwertung der gepfändeten Forderung ist die Überweisung derselben an den Pfändungspfandgläubiger, und zwar entweder an Zahlungsstatt oder zur Einziehung. Die Überweisung zur Einziehung ist die Regel, sie findet bei allen gepfändeten Forderungen statt, die Überweisung an Zahlungsstatt findet nur statt, wenn eine Geldforderung gepfändet ist (§§ 736 Abs. 1, 745). Mit der Überweisung verschafft sich der Gläubiger, falls der Drittschuldner nicht leistet, die Möglichkeit, die gepfändete Forderung für sich zu verwerten; damit ist aber die Verwertung in der Regel noch nicht beschafft, das weitere Verfahren ist dann wieder ein verschiedenes, je nachdem eine Geldforderung oder eine Forderung auf Herausgabe oder Leistung einer körperlichen Sache gepfändet ist, und

wieder verschieden, jenachdem die Forderung für Rechnung eines Gläubigers oder mehrerer Gläubiger gepfändet ist. Ausnahmsweise kann die Forderung auch in anderer Weise verwertet werden. Darnach sind die einzelnen Fälle besonders zu besprechen:

1) Die für die Überweisung einer gepfändeten Forderung geltenden allgemeinen Grundsätze.

Der Gläubiger kann die Überweisung sofort beim Antrag auf Pfändung der Geldforderung stellen und kann dann die Überweisung sofort mit in den Pfändungsbeschluß aufgenommen werden. Ist das nicht geschehen, so bedarf es eines besonderen Antrages auf Überweisung und eines besonderen Überweisungsbeschlusses, über dessen Zustellung an Schuldner und Drittschuldner dasselbe gilt, was über die Zustellung des Pfändungsbeschlusses vorgeschrieben ist (§ 736 Abs. 3, § 730 Abs. 2). Eines solchen Antrages und eines besonderen Beschlusses bedarf es selbstverständlich immer, wenn die Pfändung nicht durch gerichtliche Beschlagnahme, sondern durch Inbesitznahme seitens des Gerichtsvollziehers erfolgt ist (§ 732). Damit soll nicht gesagt sein, daß es einer Überweisung der Forderung in allen Fällen bedarf. Es bedarf derselben dann nicht, wenn der Drittschuldner in Folge der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Pfändungspfandgläubiger den Betrag seiner Schuld — soweit er sich eben mit der Hauptforderung des Gläubigers deckt — zahlt, ebensowenig dann, wenn der Drittschuldner die von ihm herauszugebenden resp. zu leistenden Sachen nach § 746 resp. 747 dem Gerichtsvollzieher resp. dem Sequester übergiebt.

Erfolgt solche freiwillige Leistung nicht, dann muß der Gläubiger sich die gepfändete Forderung überweisen lassen. Ist es eine Geldforderung, so hat er die Wahl, ob die Forderung an Zahlungsstatt oder zur Einziehung überwiesen werden soll, bei anderen Forderungen findet nur das letztere statt (§ 748).

Die Überweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach dem bürgerlichen Rechte die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist (§ 737 Abs. 1), sie verschafft dem Gläubiger die Legitimation zur Ein-

ziehung der Forderung,*) macht ihn aber niemals selbst zum Gläubiger, sondern nur zum Prokurator. Handelt es sich um indossabele Papiere, so ist sie weder noch ersetzt sie das Indossament. Auch in diesem Falle zieht der Pfändungspfandgläubiger eine fremde Forderung ein. Mit anderen Worten, durch die Überweisung wird die Lage des Drittschuldners niemals verändert, ihm bleiben die ihm bis zur Überweisung zustehenden Einreden gegen seinen Gläubiger ungeschmälert.

Der Schuldner ist verpflichtet zur Herausgabe der über die gepfändete Forderung vorhandenen Urkunden. Diese Verpflichtung wird im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 769 erzwungen (§ 737 Abs. 2). Vollstreckungstitel ist derjenige Beschluß, durch welchen dem Gläubiger nach § 736 die gepfändete Forderung überwiesen und in welchen diese Verpflichtung event. aufzunehmen ist.

Aus der Anwendung des § 769 der C.-Pr.-O. ergiebt sich auch, daß der Schuldner, falls die herauszugebende Urkunde nicht vorgefunden wird, den Offenbarungseid in der Fassung des § 769 auf Antrag zu leisten hat.

Der Drittschuldner ist verpflichtet, auf Verlangen des Gläubigers, welches Verlangen in die über die Zustellung des Überweisungsbeschlusses aufzunehmende Urkunde aufgenommen werden muß, binnen 2 Wochen dem Gläubiger zu erklären,

1) ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei,
2) ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen;
3) ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei.

Diese Erklärungen kann der Drittschuldner sofort bei Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Gerichtsvollzieher abgeben, in welchem Falle dieser solche Erklärungen in die Zu-

---

*) Ist Gegenstand der Forderung das Guthaben eines Handelsgesellschafters, so kommt die besondere Bestimmung des art. 126 d. H.-G.-B. zur Anwendung.

stellungsurkunde aufnehmen und vom Drittschuldner unterschreiben lassen muß. Auch später kann der Drittschuldner diese Erklärung innerhalb der vierzehntägigen Frist an den Gerichtsvollzieher abgeben. Die Erfüllung dieser Pflicht kann der Gläubiger nicht erzwingen, wohl aber ist der Drittschuldner dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung entstehenden Schaden haftbar (vgl. § 739).

Der Gläubiger ist verpflichtet, die Beitreibung der ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung ohne Verzug und fleißig zu betreiben, er haftet dem Schuldner für den diesem aus der Vernachlässigung dieser Pflicht entstehenden Schaden. Zahlt der Drittschuldner nicht freiwillig und hat er keinen hinreichenden Grund, von der Klage abzustehen, so muß er hierzu schreiten, ist dann aber weiter verpflichtet, dem Schuldner gerichtlich den Streit zu verkünden, sofern nicht eine Zustellung im Auslande oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird (C.-Pr.-O. §§ 741, 740). Hat der Gläubiger Bedenken, die Forderung auf diese Weise einzuziehen, so bleibt ihm nur übrig, auf seine Rechte aus der Überweisung zu verzichten. Das kann er einseitig unbeschadet seiner Rechte. Die Verzichtleistung erfolgt durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung. Diese Erklärung ist auch dem Drittschuldner zuzustellen. Die Nichtberechtigung der letzteren Vorschrift hat auf die Gültigkeit des Verzichtes keinen Einfluß (§ 742).

Die vorstehenden Grundsätze sind anwendbar gleichgültig, ob die gepfändete Forderung auf Geld oder auf Herausgabe oder Leistung von körperlichen Sachen. Bei den letzteren Forderungen findet jedoch die Einziehung niemals in der Weise statt, daß der Gläubiger begehren könne, daß die schuldige Leistung an ihn gemacht wird; vielmehr kann er stets nur verlangen, daß bewegliche Sachen an den von ihm beauftragten Gerichtsvollzieher, unbewegliche Sachen an den auf seinen Antrag vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben sei. Die weitere Verwertung der herausgegebenen Sachen erfolgt dann — ebenso in dem Falle, wenn der Drittschuldner die Sachen von der Überweisung freiwillig herausge-

geben hat — nach den Vorschriften über die Verwertung gepfändeter Sachen resp. nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften (§§ 746, 747), m. a. W. das Pfandrecht an der Forderung verwandelt sich in ein Pfandrecht an der Sache. Ist dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die vorläufige Vollstreckung eines Urteils abzuwenden (C.-Pr.-O. § 652 Abs. 2), so kann die Überweisung einer gepfändeten Geldforderung nur zur Einziehung (nicht an Zahlungsstatt) und nur mit der Wirkung stattfinden, daß der Drittschuldner den Schuldbetrag hinterlege (§ 738).

2) Die Überweisung der gepfändeten Geldforderung an Zahlungsstatt läßt die Forderung auf den Gläubiger mit der Wirkung übergehen, daß derselbe — soweit die Forderung besteht — wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist (§ 736 Abs. 2). Ob die Forderung de bonitate erigibel ist, darauf kommt's nichts an, nur muß sie de veritate bestehen. Die Überweisung an Zahlungsstatt kann selbstverständlich nur bis zum Nennwerte des Zwangsvollstreckungstitels erfolgen.

3) Eine andere Art der Verwertung kann dann, wenn die gepfändete Forderung eine bedingte oder betagte ist, **oder** wenn ihre Einziehung wegen der Abhängigkeit von einer Gegenleistung oder aus anderen Gründen mit Schwierigkeiten verbunden ist, vom Gericht auf Antrag an Stelle der Überweisung angeordnet werden. Der Antrag, welcher selbstverständlich die Art und Weise der Verwertung angeben muß, kann sowohl vom Gläubiger als Schuldner gestellt werden. Will das Gericht dem Antrage stattgeben, so ist zuvor der Gegner zu hören, sofern nicht eine Zustellung im Auslande oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird (§ 743).

4) Ist eine Forderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist

a. im Falle der Pfändung einer Geldforderung der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers,

welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag bei der nach Landesrecht zuständigen Hinterlegungsstelle zu hinterlegen (§ 750),

b. im Falle der Pfändung einer Forderung auf Herausgabe oder Leistung einer beweglichen körperlichen Sache der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse dem Gerichtsvollzieher herauszugeben, welcher nach dem ihm zuerst zugestellten Beschlusse zur Empfangnahme ermächtigt ist. Hat der Gläubiger einen solchen Gerichtsvollzieher nicht bezeichnet, so erfolgt dessen Ernennung auf Antrag des Drittschuldners von dem Amtsgerichte des Ortes, wo die Sache herauszugeben ist.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend, und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen beteiligten Gläubiger eine andere Verteilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Amtsgericht anzuzeigen, dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt ist. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen. In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist (§ 751);

c. im Falle der Pfändung einer Forderung auf Herausgabe oder Leistung einer unbeweglichen Sache ist der Drittschuldner berechtigt oder auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen ist, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an den von dem Amtsgerichte der belegenen Sache ernannten oder auf seinen Antrag zu ernennenden Sequestor herauszugeben (§ 752).

In allen 3 Fällen (a., b. u. c.) ist jeder Gläubiger, wel-

chem der Anspruch überwiesen wurde, berechtigt, gegen den Drittschuldner Klage auf Erfüllung dieser Pflichten zu erheben. Jeder Gläubiger, für welchen der Anspruch gepfändet ist, kann sich dem Kläger in jeder Lage des Rechtsstreits als Streitgenosse anschließen.

Der Drittschuldner hat die Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Die Entscheidung, welche in dem Rechtsstreite über den in der Klage erhobenen Anspruch erlassen wird, ist für und gegen sämtliche Pfändungsgläubiger wirksam (vgl. § 59 der C.-Pr.-O.). Gegen einen Gläubiger, welcher nicht zum Termine zur mündlichen Verhandlung geladen ist, obgleich er von dem Drittschuldner hätte geladen werden sollen, kann der Drittschuldner sich auf die ihm günstige Entscheidung nicht berufen (§ 753).

§ 38.

Die Pfändung anderer Vermögensrechte und deren Verwertung.

Die Pfändung anderer Vermögensrechte — als der in den vorigen Paragraphen besprochenen Forderungen auf Zahlung einer Geldsumme oder auf Leistung oder Herausgabe einer körperlichen Sache — erfolgt unter entsprechender Anwendung der soeben dargelegten Vorschriften (§ 754).

Ist ein Drittschuldner vorhanden, so gilt die Pfändung mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an diesen als bewirkt. Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist. Handelt es sich um die Pfändung eines nur der Ausübung nach veräußerlichen Rechtes, z. B. eines ususfructus, so kann eine Verwaltung angeordnet werden. In diesem Falle wird die Pfändung durch Übergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter bewirkt, wenn sie nicht bereits vorher durch Zustellung eines Pfändungsbeschlusses bewirkt ist.

Die Verwertung erfolgt gleichfalls durch entsprechende Anwendung der vorhin gegebenen Bestimmungen. Eine Verwertung durch Verwaltung oder Veräußerung des gepfändeten Rechts ist nicht ausgeschlossen. In diesem Falle sind die bezüglichen Anordnungen von dem Gerichte zu erlassen.

II.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 39.

Die allgemeinen Grundsätze.

Die Prozeßordnung hat sich in dieser Beziehung auf einige wenige Bestimmungen beschränkt. Aus Scheu, in das materielle Immobiliarrecht der Landesgesetzgebungen einzugreifen, sind die Bestimmungen über die Form und die Wirkungen der Beschlagnahme sowie derjenigen über die Verwertung der in Beschlag genommenen Immobilien lediglich der Partikulargesetzgebung überlassen. Gemeinrechtlich ist nur geregelt:

1) Die Competenz. Zuständig ist für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist.

Ist es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Amtsgerichtsbezirke ungewiß, welches Amtsgericht zuständig ist, oder ist das Grundstück in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte belegen, so ist auf Antrag eines Beteiligten (Gläubigers oder Schuldners) eines dieser Gerichte zum Vollstreckungsgerichte zu bestellen. Dieselbe Anordnung kann getroffen werden, wenn die Zwangsvollstreckung in mehrere Grundstücke desselben Schuldners, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, beantragt wird (§ 756).

2) Bei der Zwangsvollstreckung in Grundstücke findet die Anordnung der Vollstreckung nur durch das Gericht, niemals durch den Gerichtsvollzieher statt (§ 755 Abs. 2).

3) Die sub 1 u. 2. bemerkten Bestimmungen gelten nur für die Zwangsvollstreckung in Grundstücke, nicht für die in andere Immobilien. Für diese trifft die C.-Pr.-O. ebenso wie für das Zwangsvollstreckungsverfahren im allgemeinen nur die Bestimmung im § 757, welche lautet:

„Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Verteilungsverfahrens bestimmt sich nach den Landesgesetzen."

Nach den Landesgesetzen bestimmt sich insbesondere auch, welche Sachen und Rechte in Anfechtung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, und wie die Eintragung zu bewirken ist.

Entstehen in dem die Zwangsvollstreckung betreffenden Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen der Prozeßordnung.*) Auf Verteilungsstreitigkeiten finden die §§ 765 bis 768**) entsprechende Anwendung.

III.

Das Verteilungsverfahren.

§ 40.

Die Voraussetzungen dieses Verfahrens.

Die Voraussetzungen für das Verteilungsverfahren sind:

1) Daß mehrere Gläubiger bei einer Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen in der Weise beteiligt sind, daß derselbe Gegenstand — Sache oder Recht — für alle Gläubiger gepfändet ist, sowie

2) daß in solchem Falle die nach § 728***) oder §§ 750 bis

---

*) Vgl. oben §§ 21—24.

**) Vgl. unten § 42.

***) Vgl. oben § 35 sub 4 S. 161.

752*) zulässige Hinterlegung stattgefunden hat und solches dem Verteilungsgerichte angezeigt resp. nachgewiesen ist, und

3) daß der hinterlegte Geldbetrag zur Befriedigung der sub 1 bezeichneten Gläubiger nicht ausreicht.

Das Verteilungsverfahren ist also lediglich bestimmt zur Verteilung des Erlöses aus den Pfandstücken unter die verschiedenen Pfändungsgläubiger. Andere Pfandgläubiger nehmen an dem Verfahren keinen Teil, sie sind auf den Weg der Klage nach § 710 zu verweisen.

Das Verteilungsverfahren findet aber selbstverständlich nur dann statt, wenn nicht die sämtlichen Gläubiger mit dem Schuldner um ein anderes Verfahren sich einigen, resp. soweit solche Einigung nicht stattgefunden hat (§ 758).

§ 41.

Das Verfahren.

Das Verteilungsverfahren ist als Offizialverfahren in dem Sinne konstruiert, daß nicht Parteibetrieb, sondern Betrieb von Amtswegen stattfindet.**) Ladungen und Zustellungen erfolgen also von Amtswegen.

Für das Verteilungsverfahren ist dasjenige Amtsgericht zuständig, an welches die nach § 728 und §§ 750 bis 752 vorgeschriebenen Anzeigen über die Sachlage ergangen sind.

Das Gericht hat an jeden der beteiligten Gläubiger die Aufforderung zu erlassen, binnen zwei Wochen eine Berechnung der Forderung an Kapital, Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen einzureichen (§ 759).

Nach Ablauf der Frist hat das Gericht einen Teilungsplan anzufertigen. Es hat dabei die Reihenfolge der zu befriedigenden Gläubiger nach Maßgabe der Vorschriften in § 709 Abs.

---

*) Vgl. oben § 137 sub 4 S. 170 fgg.

**) Offizialverfahren in diesem Sinne ist also etwas anderes als das Offizialverfahren im eigentlichen Sinne, vgl. Birkmeyer in Busch Zeitsch. Bd. VII pag. 155.

2 u. 3 zu bestimmen. Für die Anfertigung des Teilungsplanes normieren die Anmeldungen der Gläubiger. Bis zur Anfertigung des Planes nicht angemeldete Forderungen werden nach der Anzeige und deren Unterlagen berechnet. Nachträgliche Ergänzungen der Forderungen finden nicht statt. Die Kosten des Verfahrens werden vorweg in Abzug gebracht (§ 760).

Darauf ist zur Erklärung über den Teilungsplan sowie zur Ausführung der Verteilung ein Termin zu bestimmen. Der Termin wird den Parteien von Amtswegen bekannt gemacht. Der Teilungsplan muß spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt werden. Die Ladung des Schuldners zu dem Termine ist nicht erforderlich, wenn sie durch Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Zustellung erfolgen müßte (§ 761).

Hat keiner der Gläubiger weder vor dem Termine noch in demselben Widerspruch erhoben, so ist der Teilungsplan zur Ausführung zu bringen. Dabei wird gegen einen Gläubiger, welcher in dem Termine weder erschienen ist noch vor dem Termine bei dem Gerichte Widerspruch erhoben hat, angenommen, daß er mit der Ausführung des Plans einverstanden sei.

Ist Widerspruch erhoben, so muß sich jeder anwesende beteiligte Gläubiger sofort über den Widerspruch erklären, gegen einen abwesenden Gläubiger wird angenommen, daß er diesen Widerspruch nicht als begründet anerkenne.

Wird der Widerspruch als begründet anerkannt, oder kommt anderweit eine Einigung zu Stande, so ist der Plan zu berichtigen und demnach die Verteilung vorzunehmen.

Wird ein Widerspruch nicht erledigt, so erfolgt die Ausführung des Planes insoweit, als der Plan durch den Widerspruch nicht betroffen wird (§§ 762, 763).

Ist der Plan ganz oder teilweise wegen eines Widerspruchs im Termine unerledigt geblieben, so muß der widersprechende Gläubiger ohne vorherige Aufforderung binnen einer Frist von einem Monate, welche Frist mit dem Terminstage beginnt, dem Gerichte nachweisen, daß er gegen die beteiligten Gläubiger Klage erhoben hat. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist wird

die Ausführung des Plans ohne Rücksicht auf den Widerspruch angeordnet.

Die Versäumung der Frist und die Verteilung der Masse nimmt jedoch den widersprechenden besseren Gläubiger nicht die Befugnis, dieses bessere Recht gegen den befriedigten nachstehenden Gläubiger im Wege der Klage geltend zu machen (§ 764).

§ 42.

Die Widerspruchsklage.

Der widersprechende Gläubiger muß sein Widerspruchsrecht im Wege der Klage beim Verteilungsgerichte und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte erheben, in dessen Bezirke das Verteilungsgericht seinen Sitz hat. Das Landgericht ist für sämtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach Inhalt der unerledigt gebliebenen Widersprüche auch nur in Betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht die sämtlichen beteiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Verteilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle.

Führt das Urteil zur Abweisung der Klage, so wird nach Rechtskraft desselben die Auszahlung der Masse nach dem Teilungsplan vom Verteilungsgerichte angeordnet. Demgemäß wird ein Versäumnisurteil gegen den widersprechenden Gläubiger dahin erlassen, daß der Widerspruch als zurückgenommen anzusehen sei (§ 767).

Wird der Widerspruch im Urteile ganz oder teilweise für begründet erklärt, so ist in der Regel zugleich zu bestimmen, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen die streitige Masse auszuzahlen ist. Ist das Urteil rechtskräftig, so wird die Auszahlung auf Grund des Urteils vom Verteilungsgerichte angeordnet (§§ 766, 768).

Erachtet das Prozeßgericht es für angemessen, so kann es in dem Urteile auch die Anfertigung eines neuen Plans und ein anderweites Verteilungsverfahren anordnen, selbstverständlich nur insoweit, als die Masse noch streitig ist.

Ist das Urteil rechtskräftig, so hat das Verteilungsgericht nach Inhalt desselben ein neues Verteilungsverfahren nach den Bestimmungen des vorigen Paragraphen einzuleiten (§§ 766, 768).

Fünftes Kapitel.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

§ 43.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen.

Es scheidet aus der Besprechung hier der Fall aus, wenn die herauszugebende Sache sich im Besitze dritter Personen befindet, da in diesem Falle eine gegen die Person gerichtete Zwangsvollstreckung nicht stattfindet, vielmehr sich die Vollstreckungsmaßregeln nur gegen das Vermögen des Schuldners insoweit richten, als dem Gläubiger auf seinen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache zu überweisen ist und zwar nach den Vorschriften, welche die Pfändung einer Geldforderung betreffen (§ 772). Hier ist selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Schuldner überhaupt noch einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hat. Eine Pfändung dieses Anspruches mit der Wirkung des Pfandrechts findet dagegen nicht statt, sondern die Überweisung, allerdings unter denselben Formen, als würde die Sache gepfändet. Daraus ergiebt sich die Anwendung der Vorschriften der §§ 730 Abs. 1 u. 2, 735, 736 Abs. 1 u. 3, 737, 739, 740, 741. Unanwendbar dagegen sind die Bestimmungen in §§ 746 u. 747, vgl. oben § 36 S. 163.

Abgesehen von diesem Falle (§ 772) richtet sich die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen in folgender Weise gegen den Schuldner:

1) Der vom Gläubiger mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvollzieher hat dem Schuldner die von diesem herauszugebende individuell bestimmte Sache — falls der Schuldner die Sache nicht freiwillig übergiebt — wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben (§ 769 Abs. 1).

2) Ebenso ist zu verfahren, wenn der Schuldner eine Quantität bestimmter beweglicher Sachen — also aus einer bestimmt begrenzten, individualisierten Mehrheit von Sachen — herauszugeben hat (§ 769 Abs. 1).

3) Diese Vorschrift findet auch dann entsprechende Anwendung, wenn eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere (schlechthin) zu leisten ist (§ 770).

4) Dagegen findet diese Vorschrift keine Anwendung, wenn der Schuldner eine Quantität unvertretbarer Gattungssachen schlechthin, also nicht aus einer bestimmten Mehrheit zu leisten hat.

5) Dagegen findet die Vorschrift wieder Anwendung, wenn der Schuldner „wenn auch nicht eine einzelne oder mehrere bestimmt bezeichnete" Sachen sondern eine Gesamtheit solcher Sachen — z. B. seine Bibliothek, sein Warenlager, die Schafherde des Klägers — herauszugeben hat.

6) Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen. Bewegliche Sachen, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, werden von dem Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder, wenn dieser abwesend ist, einem Bevollmächtigten desselben oder einer zur Familie des Schuldners gehörigen oder in dieser Familie dienenden erwachsenen Person übergeben oder zur Verfügung gestellt. Ist weder der Schuldner noch eine der bezeichneten Personen anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachen auf Kosten des Schuldners in das Pfandlokal zu schaffen oder anderweit in Verwahrung zu bringen. Verzögert der Schuldner die Abforderung, so kann das Vollstreckungsgericht

den Verkauf der Sachen und die Hinterlegung des Erlöses anordnen (§ 771).

In allen diesen Fällen (1—3, 5 u. 6) überträgt der Gerichtsvollzieher den Besitz vom Schuldner auf den Gläubiger. Dem Anspruche des Gläubigers ist also dann genügt, wenn er nur Besitz verlangen kann. Hat er Anspruch auf Übertragung des Eigentums, so fragt es sich, wie es sich in dem Falle verhalte, wenn der Schuldner freilich Eigentümer der zu übertragenden Sachen ist, es aber an der zur Eigentumsübertragung erforderlichen Willenserklärung fehlen läßt. Eine dem § 716 Abs. 2 analoge Bestimmung fehlt hier. Seuffert (Kommentar zur C.-Pr.-O. ad § 769 Bem. 2) nimmt hier an, der animus dominii transferendi werde in Analogie des § 779 der C.-Pr.-O. ersetzt, und dieses dürfte auch das Richtige sein; denn es liegt in der Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger eine Sache zu Eigentum zu übertragen außer der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache gleichzeitig die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung auf Eigentumsüberlassung.

Werden die herauszugebenden Sachen — resp. solche Arten von Sachen — beim Schuldner nicht vorgefunden, so findet ein weiteres Zwangsvollstreckungsverfahren als das Aushülfemittel des § 778 nicht statt, abgesehen von den Fällen sub 1 u. 2. In diesen beiden Fällen ist der Schuldner zur Leistung eines Offenbarungseides verpflichtet (§ 769 Abs. 2), worüber im nächsten Kapitel zu sprechen ist.

§ 44.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

Ein eigentliches Zwangsvollstreckungsverfahren findet in diesen Fällen — wie bereits dargelegt ist — nur in beschränkter Weise statt. Ein solches Verfahren beschränkt sich

1) im Falle des § 773, wo es sich um die Verpflichtung des Schuldners eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme

durch einen Dritten erfolgen kann, handelt, auf die dem Gläubiger nach § 777 d. C.-Pr.-O. vom Gerichtsvollzieher zu gewährende Hülfe, daß der Schuldner durch direktes Eingreifen des Gerichtsvollziehers nach den Bestimmungen des § 678 Abs. 3 gehindert wird, Widerstand gegen die Vornahme der Handlung durch den Gläubiger zu leisten. Der Gerichtsvollzieher ist in diesem Falle von dem Gläubiger zu beauftragen, auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der nach § 776 erlassenen Entscheidung, durch welche der Gläubiger ermächtigt ist, diese Handlung vorzunehmen.

2) In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn der Schuldner die Vornahme einer Handlung nach § 775 zu dulden hat. Hier hat der Gerichtsvollzieher auf Grund der vollstreckbaren Urteilsausfertigung, in welcher diese Verpflichtung auferlegt ist, zu verfahren.

3) Die nach § 773 Abs. 2 und § 775 Abs. 3 zu erlassenden Entscheidungen über Vorauszahlung der Kosten resp. Bestellung einer Sicherheit sind in gewöhnlicher Weise vollstreckbar.

4) Im Falle des § 774 finden als Vollstreckungsmittel Geldstrafe und Haft als Exekutivstrafen, und

5) im Falle des § 775 Geldstrafe und Haftstrafe als wirkliche Strafen statt. Hierüber wird im Kapitel VII besonders gehandelt werden.

Sechstes Kapitel.

Das Verfahren zwecks Ableistung des Offenbarungseides.

§ 45.

1) Für das Verfahren zwecks Abnahme des Offenbarungseides ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat, als Vollstreckungsgericht zuständig (§ 780).

Ist der Schuldner bereits wegen Verweigerung des Offenbarungseides in Haft, so kann er den Eid beim Amtsgerichte des Haftortes leisten (§ 783 Abs. 1).

2) Das Verfahren richtet sich nach denjenigen allgemeinen Grundsätzen, welche für das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte überhaupt gelten. Das ergiebt die Fassung des § 780 „das Amtsgericht ist als Vollstreckungsgericht zuständig.“

Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Ableistung des Eides. Da aber mit der Ladung des Schuldners ein besonderes Vollstreckungsverfahren beginnt, so hat der Gläubiger aus § 711 resp. § 769 zu stellenden Antrag nicht nur nachzuweisen, daß die besonderen Voraussetzungen dieser Paragraphen vorliegen, sondern auch das Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung darzuthun. Erst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, kann die Terminsbestimmung erfolgen. Wer aber hat die Ladung zu besorgen? Der Gläubiger oder das Gericht? Die Prozeßordnung sagt das nicht — (§ 191 trifft nicht zu, weil es sich in dem Termine nicht um die Verhandlung über die Hauptsache oder einen Zwischenstreit handelt) — man wird aber annehmen dürfen, daß nach der Meinung des Gesetzgebers die Ladung durch den Gläubiger erfolgen soll; denn dies entspricht der Konstruktion des Gesetzes. Wenn auch die Terminsbestimmung nur nach vorgängiger causae cognitio erfolgt, so ist sie doch noch nicht diejenige Entscheidung, welche die Ableistung des Eides anordnet, sondern nur die Entscheidung, welche solche Ableistung erst ermöglicht. Hat freilich der Gläubiger zunächst die Voraussetzungen für seinen Antrag beizubringen, so bleibt dem Schuldner doch unbenommen, in dem Termine gegen seine vom Gericht vorläufig angenommene Pflicht zur Ableistung des Eides Widerspruch zu erheben. Der Widerspruch ist in der Prozeßordnung die technische Bezeichnung für ein prozessualisches Hülfsmittel, welches dem Schuldner zur Vermeidung angedrohter oder vorläufig ausgesprochener Rechtsnachteile gegeben

ist. Die technische Bedeutung ist: Ausschluß anderer Rechtsmittel.

Ein vom Schuldner erhobener Widerspruch kann sich nun richten:

a) gegen das Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung überhaupt, z. B. auf Grund neuer Einreden, auf Grund von Einreden gegen die Vollstreckungsklausel. Hierüber entscheidet nicht das Vollstreckungsgericht, sondern das Prozeßgericht. In diesem Falle hat also der Schuldner sein Einreden nach dem oben geschilderten Verfahren zu verfolgen, sein Widerspruch kann beim Vollstreckungsgerichte nur Beachtung finden, wenn die Voraussetzungen für Einstellung des Verfahrens nach § 691 vorliegen und dem Vollstreckungsgerichte vorgelegt werden.

b) Dagegen hat das Vollstreckungsgericht selbständig zu prüfen, wenn der Schuldner seinen Widerspruch mit der Behauptung begründet, daß die Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung überhaupt oder für den Beginn dieses besonderen Vollstreckungsverfahrens (vgl. § 711 und § 769) nicht vorliegen oder wenn behauptet wird, daß der Schuldner nach § 784 resp. 785 zu verschonen ist.

Es ist nun doch ohne weiteres klar, daß die Lage des Schuldners im Zwangsvollstreckungsverfahren dadurch nicht schlechter werden kann, daß es sich um Ableistung eines Offenbarungseides handelt. M. a. W. — auch in diesem Verfahren kann der Schuldner — sei es vor oder in dem Termine der Einstellung des Verfahrens nach den oben dargestellten Grundsätzen dann beantragen, wenn es an den allgemeinen Voraussetzungen für die Zulässigkeit, den Beginn oder die Fortsetzung des Zwangsvollstreckungsverfahrens fehlt. In diesen Fällen hat das Vollstreckungsgericht von Amtswegen zu prüfen, und das Verfahren sei es vor oder in dem Termine durch Beschluß event. einzustellen. Die Vorschrift in § 781 Abs. 2 findet auf diese Fälle überall keine Anwendung.

Bestreitet dagegen der Schuldner das Vorhandensein der besonderen Voraussetzungen für die Ableistung des Eides

(§§ 711 und 769) oder beruft er sich auf § 784 resp. § 794, widerstreitet er also seiner Pflicht zur Ableistung des Eides in specie, nicht seiner Pflicht, die Zwangsvollstreckung zu dulden, im allgemeinen, dann trifft § 781 Abs. 2 zu. Dieser Widerspruch kann nur in dem Termine zur Ableistung des Eides erhoben werden. Über diesen Widerspruch kann nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung durch Urteil entschieden werden. Sowie ein solcher Widerspruch erhoben ist, ist also die mündliche Verhandlung obligatorisch. Es gelten für dieselben lediglich die allgemeinen Grundsätze mit der Modifikation, daß die Verhandlungs- und Ladungspflicht zunächst dem Schuldner obliegt. Wird die Verhandlung vertagt, so ist der neue Termin nur zur Verhandlung über den Widerspruch nicht zur Ableistung des Eides bestimmt. Zur Ableistung des Eides kann es nach erhobenem Widerspruch immer erst kommen, wenn dieser Widerspruch durch rechtskräftiges Urteil (welches Versäumnisurteil oder kontradiktorisches Endurteil sein kann) beseitigt ist. Es hat dann der Gläubiger einen neuen Termin zur Eidesleistung zu extrahieren.

3) Gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund (vgl. die Bemerkungen sub 2) verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung die Haft (vgl. unten Kap. VII.) anzuordnen (§ 782). Also abgesehen von dem auf erhobenen Widerspruch erfolgenden Verfahren findet freilich terminliche aber keine (obligatorische) mündliche Verhandlung statt.

Dem verhafteten Schuldner muß jederzeit auf seinen Antrag der Eid abgenommen werden und ist er nach Leistung des Eides zu entlassen, der Gläubiger aber zuvor in Kenntnis zu setzen (§ 783).

Die Ableistung des Eides hat ihre Wirkung auch gegenüber den übrigen Gläubigern des Schuldners; dieser ist zur nochmaligen Ableistung nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Schuldner später Vermögen erworben hat (§ 784).

Dasselbe findet statt, wenn der Schuldner wegen Verweigerung des Eides sechs Monate Haft verbüßt hat (§ 795).

Diese letzteren beiden Bestimmungen (§§ 784, 795) treffen selbstverständlich nur für den Fall des § 711, nicht für den Fall des § 769 der C.-Pr.-O. zu.

Siebentes Kapitel.

Das Verfahren bei Vollstreckung von Geldstrafen und Haft.

§ 46.

Geldstrafen und Haft kommen in dem Zwangsvollstreckungsverfahren*) als eigentliche Vollstreckungsmittel (Exekutivstrafen) vor und als Strafen im engeren Sinne.

1) Als Strafen im engeren Sinne erscheinen die im § 775 der C.-Pr.-O. bezielten Strafen, welche gegen den Schuldner, welcher der Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, zuwiderhandelt, angedroht sind.

Wenn das Prozeßgericht erster Instanz nach § 776 auf eine nach § 775 zulässige Geld- oder Haftstrafe erkannt hat, so fragt es sich, wie ist die Strafe zu vollstrecken? Die Civilprozeßordnung schreibt hierüber nichts vor. Es müssen also die für die Vollstreckung von Geld- und Haftstrafen nach dem Strafgesetzbuche geltenden allgemeinen Vorschriften hier Anwendung finden.**) Darnach ist die Strafe von Amtswegen event. auf Kosten der Staatskasse, welcher auch die Strafgelder gebühren, zu vollstrecken. Die Herbeiführung der Strafvollstreckung wird vom erkennenden Gerichte von Amtswegen veranlaßt.

2) Als Exekutivstrafen werden Geldstrafen und Haft im

---

*) Andere Fälle (z. B. C.-Pr.-O. §§ 355, 812, K.-O. §§ 93, 98) gehören nicht hierher.

**) Vgl. Str.-G.-B. §§ 18, 27—30, 66—72, 77 Abs. 2, 78 u. 79.

§ 774 Abs. 1, die Haft allein zur Erzwingung des Offenbarungseides von der Prozeßordnung angedroht.

a. Was zunächst die nach § 774 zulässige Geldstrafe anbetrifft, so hat das Gericht in der nach § 776 zu erlassenden Entscheidung die Höhe der Strafe zu bestimmen, welche gegen den Schuldner, falls er nicht sofort oder binnen einer zu bestimmenden Frist die Handlung vornimmt, vollstreckt werden soll. Diese Entscheidung ist vollstreckbar, und hat der Gläubiger sich eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen zu lassen und diese dem Gerichtsvollzieher mit dem Auftrage zur Zwangsvollstreckung zu übergeben. Die beigetriebene Strafe fließt zur Staatskasse. Da die Geldstrafe nur Exekutivmittel ist, so findet eine Umwandlung nicht statt. Die Geldstrafe kann bis zum Gesamtbetrage von 1500 ℳ nach und nach erkannt und beigetrieben werden.

b. Hat das Gericht nach § 774 oder § 782 die Haft angeordnet, so hat das Gericht den Haftbefehl, in welchem der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen sind, zu erlassen (§ 789). Es ist also im Falle des § 774 diejenige Handlung, welche der Schuldner vorzunehmen hat, und im Falle des § 782 die Norm des Offenbarungseides in den Haftbefehl aufzunehmen. Der Haftbefehl ist dem Gläubiger event. mit dem Beschlusse zuzustellen.

Mit der Verhaftung hat der Gläubiger den Gerichtsvollzieher zu beauftragen. Der Haftbefehl muß dem Schuldner bei der Verhaftung vorgezeigt und auf Begehren abschriftlich mitgeteilt werden (§ 790).

Die Haft darf die Dauer von 6 Monaten nicht übersteigen; nach Ablauf dieser Frist ist der Schuldner von Amtswegen aus der Haft zu entlassen (§ 794). Die Haft wird außerdem durch Ableistung des Eides (§ 783) sowie durch Vornahme der zu erzwingenden Handlung beendet. Sie wird endlich beendet und kann nicht erneuert werden, wenn der Gläubiger den Vorschuß für die Haftkosten nicht rechtzeitig erneuert (792).

Die Kosten der Haft muß der Gläubiger einschließlich der

Kosten der Verpflegung mindestens für einen Monat vorschießen (§ 792).

Besondere Vorschriften gelten, falls ein Beamter, Geistlicher oder Lehrer an einer öffentlichen Erziehungsanstalt verhaftet (§ 791) oder die Haft gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörige Militärperson vollstreckt werden soll (§ 794). — Im ersteren Falle ist der vorgesetzten Dienstbehörde von dem Gerichtsvollzieher Anzeige zu machen, diese ist verpflichtet, ohne Verzug für die Vertretung zu sorgen und den Gerichtsvollzieher davon in Kenntnis zu setzen. Die Verhaftung darf erst erfolgen, wenn die vorgesetzte Dienstbehörde für die dienstliche Vertretung des Schuldners gesorgt hat. Im anderen Falle hat das Gericht die vorgesetzte Militärbehörde um die Vollstreckung zu ersuchen.

Gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, darf, so lange dieser Zustand dauert, die Haft nicht vollstreckt werden (§ 787).

Die Haft wird unterbrochen

1) gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung für die Dauer der Sitzungsperiode, wenn die Versammlung die Freilassung verlangt;

2) gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteil oder auf ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug einberufen werden, für die Dauer dieser Verhältnisse (§ 786).

Die Haft ist unstatthaft

1) gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung, sofern nicht die Versammlung die Vollstreckung genehmigt.

2) gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeugs gehören;

3) gegen den Schiffer, die Schiffsmannschaft und alle übrigen auf einem Segelschiffe angestellten Personen, wenn das Schiff segelfertig ist (§ 785).

Druck der Hinstorff'schen Buchdruckerei in Rostock.

Druck der Hinstorff'schen Buchdruckerei in Rostock.